



**Máster en Derecho Constitucional**

**TRABAJO DE FIN DE MASTER**

**PROTECCIÓN A LA FAMILIA: HACIA UN CONTENIDO CONSTITUCIONAL  
DEL CONCEPTO DE FAMILIA**

**AUTORA:**

**AZUCENA INES SOLARI ESCOBEDO**

**TUTORA:**

**MARÍA ELENA REBATO PEÑO**

**LIMA, PERU - JULIO 2017**

## ÍNDICE

### **INTRODUCCIÓN ..... 5-11**

- Delimitación del título
- Formulación del título
- Objetivos
- Fuentes
- Metodología

### **CAPITULO I: LOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA..... 12-29**

#### **1.1. Carta Internacional de Derechos Humanos y las garantías de protección a la familia.**

- 1.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos
- 1.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 1.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

#### **1.2. Convenios Latinoamericanos**

- 1.2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- 1.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José – 1969)
- 1.2.3. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. ( Protocolo De San Salvador)

#### **1.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos**

#### **1.4. Protección a la mujer y al niño en la familia en los convenios internacionales**

- 1.4.1. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- 1.4.2. Convención sobre los Derechos del Niño

**1.5. Pronunciamientos emitidos por Cortes Internacionales sobre protección a la familia**

1.5.1. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.5.2. Pronunciamientos del Tribunal Europeo

**CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE FAMILIA Y SU PROTECCIÓN**

**EN EL DERECHO ESPAÑOL ..... 30-47**

**2.1. El concepto de familia en la Constitución Española**

2.1.1. Concepto de familia para el Tribunal Constitucional Español

2.1.2. Análisis de la Sentencia 198/2012

**2.2. Régimen de Protección a la Familia**

2.2.1. Reconocimiento Constitucional del derecho al matrimonio y del derecho a la igualdad

2.2.2. De la formalidad del matrimonio y la aptitud para casarse

2.2.3. Del reconocimiento de las uniones de hecho y el principio de igualdad

**CAPÍTULO III: PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL ESTADO**

**PERUANO ..... 48-63**

**3.1. Concepto de familia**

**3.2. La Familia como institución reconocida a nivel normativo**

**3.3. Promoción del matrimonio**

3.3.1. El matrimonio civil y sus requisitos

3.3.2. Sobre la edad adecuada para contraer matrimonio

**3.4. El reconocimiento de las relaciones de unión de hecho**

3.4.1. Derecho a la pensión de sobrevivencia en los integrantes de la unión de hecho.

3.4.2. Otras medidas de protección a favor de los integrantes de la unión de hecho.

**3.5. Del derecho a la igualdad entre cónyuges y la prohibición de discriminar por orientación sexual.**

**CAPITULO IV: EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO ..... 64-92**

**4.1. Evolución del concepto de familia en la Constitución Peruana**

**4.1.1. El concepto de familia en la Constitución**

**4.2. Concepto de familia para el Tribunal Constitucional de Perú**

**4.3. Sujetos protegidos en el contenido de concepto de familia**

**4.4. Principios – Derechos rectores del concepto de familia**

**4.4.1. Principio de Igualdad**

**4.4.2. Principio a tener nivel de vida adecuado**

**4.4.3. La visita íntima como forma de protección a la familia**

**4.5. Algunas Políticas Públicas adoptadas por el Estado Peruano, retos pendientes**

**4.5.1. Sobre la edad para contraer matrimonio**

**4.5.2. De las formas del matrimonio y el comunitario realizado en los centros penitenciarios, por personas privadas de su libertad.**

**CONCLUSIONES ..... 93-94**

**RECOMENDACIONES ..... 95**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 96-103**

## INTRODUCCIÓN

Este estudio corresponde a la conclusión del Máster en Derecho Constitucional efectuado en la Universidad Castilla La Mancha, durante el año 2016. Nuestro derecho constitucional se ha pronunciado sobre el concepto tradicional de familia y por ello es de nuestro interés analizar el contenido constitucional protegido por este, desarrollando los principios constitucionales que subyacen al concepto de familia, teniendo en cuenta su evolución histórica así como la protección que le ha ido brindado a sus integrantes.

En tal sentido, como punto de partida se ha tenido en cuenta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Asimismo, también se tenido en cuenta los convenios latinoamericanos y europeos. Considerando que, en Latinoamérica se ha suscrito la Declaración Americana y el Pacto de San José de Costa Rica; mientras que en Europa rige la Convención Europea de Derechos Humanos.

Cabe advertir que estos documentos regulan instituciones como la familia, el matrimonio, la igualdad de los cónyuges, de los hijos, así como la protección y garantías a los estados suscriptores de los referidos convenios.

Por ello, hemos considerado tales convenios internacionales como marco normativo y en el derecho comparado (destacando la labor en el ordenamiento jurídico español) analizar el tratamiento y protección que se le da a la familia, advirtiendo que las problemáticas confluyen en el tiempo y en las decisiones judiciales.

Al respecto, resulta importante destacar que en Latinoamérica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en dos casos que nos resultan relevantes para la definición de familia: el primero, Atala Riffo y

niñas vs. Chile; y, el segundo, Fornerón e hija vs. Argentina. Por su parte, el Tribunal Europeo ha sido más prolífico en cuanto a pronunciamientos de esta naturaleza, tal como veremos en el desarrollo de la presente investigación.

Cabe advertir que el concepto de familia y la protección que se le ha brindado ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Así, podemos notar cómo varias legislaciones han ido modificando la definición de matrimonio a fin de dar mayor cobertura de protección a la familia a nivel constitucional. A modo de ejemplo, tenemos el caso peruano en que en la Constitución Peruana de 1979 sólo se protegía al matrimonio como única forma de familia y es recién a partir de la Constitución de 1993 que se incorporan otro tipo de familias como la monoparental.

Así, con la finalidad de proveer de mayores garantías de protección no solo a la familia que se constituye a partir del matrimonio, sino también tomando en cuenta situaciones de hecho que se iban incorporando a la realidad como es la familia conformada por personas no casadas, denominadas unión de hecho o concubinato, que en definitiva desborda la perspectiva conceptual de familia basada en el matrimonio, hubo la necesidad de realizar cambios a nivel constitucional, entre la promulgada en el año 1979 a la de 1993.

Además, la suscripción de convenios internacionales exige el respeto y cumplimiento, es así como la Observación N° 19 del Artículo 23° del Pacto de Derechos civiles y Políticos, señala que los Estados partes deben regular que tipo de familia incluye su normativa y la protección que le brindan a esta, debiendo incorporarse en consecuencia principios derechos como la dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y el derecho al nivel de vida adecuado que debe brindarse al interior de esta institución y es así que pronunciamientos judiciales empiezan a reconocer el derecho a las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, el derecho a obtener una pensión de sobrevivencia para aquellas personas que sin estar casadas han compartido una convivencia con hijos, a quienes se debe asegurar el derecho a una vida digna dentro de su familia.

Respecto a políticas públicas aplicadas a la familia, pretendemos señalar como retos pendientes la edad mínima de aptitud nupcial y el acceso a la educación de salud reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad y de otro lado la regulación de matrimonios para personas privadas de libertad, para acceder a la protección del contenido constitucional del concepto familia; para lo cual analizaremos estos aspectos en comparación entre la legislación peruana y española, así como pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- **DELIMITACIÓN DEL TÍTULO**

En el presente trabajo hemos definido el tema de “El contenido constitucional del concepto Familia en el derecho constitucional peruano”. Para ello planeamos analizar desde el marco de los Convenios Internacionales, Latinoamericanos y Europeo, el concepto de familia y los principios que asumen la protección del matrimonio y la unión de hecho.

Uno de los principios, es la promoción y protección al matrimonio como forma inicial de la familia, con dos concepciones: una amplia, que incluye el parentesco; y, otra restringida que considera solo al padre, madre e hijos; no obstante los convenios internacionales llegan a precisar que son los estados parte, quienes deben precisar en su normativa los conceptos de familia, nuclear y extendida, y entre otras aquellas que no han contraído matrimonio y la protección brindada por el Estado; debiendo precisar cuál ha sido el pronunciamiento por el Tribunal Constitucional y el alcance de su protección.

Los convenios internacionales exigen que los estados definan cual es el tipo de familia y que protección se otorga al matrimonio; por ello nos interesa desarrollar como contenido del concepto de familia, con la legislación comparada, la protección incluye el principio derecho a la dignidad, el derecho al libre desarrollo a la personalidad y que en principio de igualdad países como España y recientemente Alemania habrían reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, estando aun en debate en nuestra legislación.

Respecto al contenido de familia para las personas no casadas, como integrantes de la unión de hecho, con una normativa que señala acciones a adoptarse ante su conclusión, no incluyendo entre estas la pensión de sobrevivencia o viudez, ante la muerte del otro conviviente, será posible extender un derecho otorgado solo a integrantes de un matrimonio conforme señala la norma o podrá hacerse extensivo por protección a la familia.

- **FORMULACIÓN DEL TITULO**

Los cambios sociales que se produjeron en nuestro país a consecuencia de conflictos sociales y del concepto clásico de familia, ha sido aplicado por los poderes públicos, sea el legislador o el ejecutivo han adoptado las medidas adecuadas para la protección del derecho constitucional a la familia.

Díaz Revorio<sup>1</sup>, nos precisa sobre las políticas de apoyo a la familia: valoración constitucional, y señala que “... la protección a la familia es constitucionalmente un principio rector de la política social y económica lo que implica que, entre otras consecuencias, que todos los poderes públicos, y especialmente el legislador y el ejecutivo, están obligados a hacer efectiva dicha protección adoptando las medidas necesarias...”

En este sentido, queremos señalar que el Tribunal constitucional en el Exp. N° 09332-2006-PA/TC del 30 de Noviembre del 2007, se ha pronunciado sobre alcances del concepto de familia en el derecho nacional, incorporando la denominación y características de las familias surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se denominan ensambladas o reconstituidas, en las cuales no debe haber diferencia entre los hijos.

De acuerdo a lo definido por los Convenios Internacionales, la legislación peruana y los Tribunales deben adoptar las decisiones adecuadas conforme a los valores que inspiran la dignidad de la persona, el derecho de igualdad, la no discriminación, y la protección a la familia, en la que el estado protege a la familia y promueve el matrimonio, y reconoce la unión de hecho.

---

<sup>1</sup> **DÍAZ**, Francisco, *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, Editado por Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, pág. 355.



- **OBJETIVOS**

- a. Objetivo general.**

Determinar si el estado peruano ha adoptado en su normativa conforme a los Convenios Internacionales en el marco de protección a la familia, como precepto constitucional definida como instituto natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Definir el contenido constitucional del concepto de familia en nuestra legislación, sea en la institución del matrimonio y la unión de hecho.

- b. Objetivos Específicos.**

- Verificar el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por el Comité de los Derechos Humanos respecto al cumplimiento de convenios internacionales, en los rubros de definición de familia.
- Definir el concepto de protección a la familia en aplicación de principios de dignidad, libre desarrollo de la personalidad y derecho a un nivel de vida adecuado.
- Señalar las medidas adoptadas por el Estado a efectos de cumplir garantizar el derecho a la educación, acceso a la información sobre su salud reproductiva, en relación al alto índice de adolescentes embarazadas, la deserción escolar o matrimonios a temprana edad, en restricción al desarrollo de la libre personalidad de los menores de edad.
- Establecer cuáles son los límites de la promoción y protección al matrimonio, en aplicación de políticas públicas, si es posible que las personas privadas de libertad puedan contraer matrimonio o si es que debiera haber alguna restricción tratándose de personas con condenas de pena privativas libertad que les impedirían la constitución de la familia y la crianza y cuidado de los niños

procreados en esta familia en la cual uno de ellos se encuentra privado de libertad.

- Definir qué derechos le corresponde a los integrantes de una unión de hecho, para quienes no hay una normativa expresa durante su vigencia y cuyos conflictos se generan cuando esta concluye y están expeditos derechos vigentes como la pensión de sobrevivencia ante la muerte de uno de sus integrantes.
- Señalar cuál es la postura del legislador frente a propuestas de matrimonio entre personas del mismo sexo.

- **FUENTES**

- Convenios internacionales
- Constitución Peruana
- Convención sobre los derechos del Niño
- Código Civil de España y Perú
- Código de los Niños y Adolescentes
- Recomendaciones de Comité de los derechos del niño al Estado Peruano.
- Jurisprudencia Corte Interamericana Derechos Humanos
- Resoluciones Tribunal Europeo.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

- **METODOLOGÍA**

En el trabajo del fin del Máster Universitario Oficial se empleará la metodología de investigación jurídica, mediante el cual el sistema normativo no consiste en varias desconectadas entre sí, sino que debe formar parte de un sistema normativo integrado.

Por ello, nuestra investigación para la tesis de máster incluye; en primer lugar, el análisis del marco conceptual a través de la normativa; utilizaremos el método deductivo para determinar si está desarrollada con el precepto constitucional; y en segundo lugar, si el operador ha permitido insertar las medidas de protección adecuadas para el cumplimiento de las leyes del marco constitucional.

Es importante señalar que nos permitimos efectuar un análisis de la evolución en el sistema de protección y las deficiencias que se han dado, de esta manera podremos observar que se dan pautas para el cambio y adecuación constitucional, para la exposición metódica en general.

Los parámetros de comparación con otras legislaciones podrán ser utilizados para determinar si es posible adoptar medidas de protección por legisladores, poder ejecutivo y tribunales, que contribuyan a dotar de eficacia la protección del derecho constitucional a la familia.

Asimismo, consideramos importante incluir fallos del Tribunal Constitucional Peruana, de la Corte Interamericana de Derechos humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## CAPÍTULO I: CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

### 1.1. Carta Internacional de Derechos Humanos

La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, en los cuales se puede verificar la preocupación de cubrir de garantías los derechos fundamentales del ser humano, dentro de estos derechos, el derecho a la familia y su bienestar. A continuación citaremos los artículos vinculados al tema que nos ocupa el presente trabajo, esto es, aquellos artículos dedicados a familia.

#### 1.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>2</sup>:

“Artículo 12º:

**Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”** (el resaltado es nuestro)

“Artículo 16º:

1. **Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.**

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. **La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.** (el resaltado es nuestro)

---

<sup>2</sup> **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución Nº 217 A (III), 10 de diciembre de 1948, disponible en la página web: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, consultada el día 29/06/2017.

### 1.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup>:

“Artículo 17º

1. **Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.**
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. (el resaltado es nuestro)

“Artículo 23º

1. **La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.**
2. **Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.**
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.” (el resaltado es nuestro)

Cabe indicar que respecto al artículo 17º antes citado, en el 32º periodo de sesiones del Comité realizado en el año 1998, se emitió la Observación N° 16, referida al derecho a la intimidad, señalando que este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques, debiendo conceder la protección necesaria a la familia, por medios financieros o de otra índole; y, velar por que estas actividades sean compatibles con el Pacto; debiendo adoptar los Estados medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho.

Ahora, resulta pertinente destacar que respecto al término "familia", se precisa que el artículo 17 debe ser interpretado bajo un criterio amplio que

---

<sup>3</sup> **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, consultada el día 29/06/2017.

incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda esta en la sociedad del Estado Parte que se trate.<sup>4</sup>

Por otro lado, respecto al artículo 23º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos antes citado, en el año 1990, en el 39º período de sesiones del Comité de Derechos Humanos, se emite la Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, respecto al Artículo 23 - La familia, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990), la cual señala que la protección de la familia y de sus miembros se garantiza también, directa o indirectamente, en otras disposiciones del Pacto.

Por su parte, en la Observación General N° 19 pronunciada en el año 1990, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo.

Ahora, cuando existieran diferentes conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de estos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de los distintos tipos de familias, como las de las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, Pacto, op. cit., p. 394.

<sup>5</sup> **BELOFF**, Mary, "II. Derecho a la Protección Familiar: normativa". En: Esteiner, Christian y Uribe, Patricia (Coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos - Comentarios*, Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2014, pp. 392-393.

Al reconocer a la familia el derecho de ser protegida por la sociedad, exige que los informes de los Estados Partes precisen la manera en la que el Estado y otras la observaciones generales aprobadas por el Comité de los Derechos Humanos.

De lo expuesto, resulta interesante advertir cómo se deja a potestad del legislador de cada Estado miembro, definir previamente los criterios a tomar en cuenta para establecer un concepto de familia (debiendo optar por una concepción amplia, restringida o múltiple); y, una vez definido el concepto de familia, el Estado debe reconocerla como tal y garantizarle la más amplia protección y asistencia posible.

### 1.1.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>6</sup>:

“Artículo 10°

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

**1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles**, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. (...) (el resaltado es nuestro)

Una vez más, se advierte que se le encarga al Estado el deber de reconocer a la familia como una institución fundamental en la sociedad; razón por la cual es su deber promover las medidas necesarias e idóneas que permitan protegerla de manera adecuada e íntegra.

---

<sup>6</sup> **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultada el día 29/06/2017.

## **1.2. Convenios Latinoamericanos**

### **1.2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>7</sup>.**

“Artículo VI

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra a su reputación personal y la vida privada y familiar o la protección a la maternidad y a la infancia.”

### **1.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José 1969)<sup>8</sup>**

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

---

<sup>7</sup> IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Colombia, 1948, disponible en la página web:

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, consultada el día 29/06/2017.

<sup>8</sup> ESTADOS AMERICANOS, Organización, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, San José - Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en la página web:

[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm), consultada el día 29/06/2017.



5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

### **1.2.3. Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>9</sup>**

“Artículo 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.”

### **1.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup>:**

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (C.E.D.H.), fue firmado en Roma el 04 de

---

<sup>9</sup> **ESTADOS AMERICANOS**, Organización, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”*, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, disponible en la página web:

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>, consultada el día 29/06/2017.

<sup>10</sup> **CONSEJO DE EUROPA**, Estados miembros del, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Lituania, 2002, disponible en la página web: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf), consultada el día 29/06/2017. pp.10-12.

noviembre de 1950 y proclama el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en concordancia con el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de Diciembre de 1966, aprobado por la Resolución 2200 (XXI) (B.O.E. n° 103, 30 de abril de 1977).

“Artículo 8°. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

“Artículo 12°.Derecho a contraer matrimonio

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.”

Artículo 16° “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques”.

#### **1.4. Protección a la mujer y al niño en la familia en los convenios internacionales**

Los convenios internacionales también han reconocido las situaciones que requieren especial atención y cobertura de parte del Estado, como sería la condición de la maternidad, entre otras situaciones que pueden afrontar la mujer; asimismo, reconoce la condición de la niñez como una etapa fundamental del desarrollo humano, que merece especial atención también.

Sin embargo, como no es objeto del presente trabajo abordar a profundidad las problemáticas que giran en torno a la protección de la mujer y el niño, hemos recogido algunos artículos de básicamente dos convenios, esto es, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales se encuentran vinculados a la protección de la familia.

Sin perjuicio de ello, se debe advertir que esta selección no atiende a que solo dichos tratados internacionales abordan sobre las garantías de protección a la mujer y al niño, ya que -a modo de ejemplo-, se puede señalar que también la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre aborda la protección de la mujer en su artículo VII:

“Artículo VII

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.”

Asimismo, respecto la protección del niño, también se ocupa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>11</sup>, tal como se puede observar en la siguiente cita:

“Artículo 24º

1. **Todo niño tiene derecho**, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, **a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.**
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.” (el resaltado es nuestro)

En tal sentido, hecha la aclaración, pasamos a desarrollar las citas de los Convenios antes mencionados.

---

<sup>11</sup> **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles*, op. cit.

#### 1.4.1. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (1979)<sup>12</sup>

“Artículo 16º

**Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular aseguraren condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:**

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e) Los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f) Los mismos derechos y responsablemente respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional: en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, protección y educación.

Cabe advertir que, con relación al derecho para elegir libremente al cónyuge aludido en el artículo citado, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la Recomendación General N° 21 (la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares) sostuvo que, en el artículo VII

---

<sup>12</sup> **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Resolución N° 34/180, 18 de diciembre de 1979, disponible en la página web: <https://www.minjus.gob.pe/sistema-de-proteccion-de-dd-hh/>, consultada el día 29/06/2017.

de esta Declaración dispone que: El comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer.

Al casarse, ambos cónyuges asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plena. Según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado, se restringe su autonomía económica.

Asimismo, en la Observación General No. 19, el Comité de Derechos Humanos, señaló que los estados partes deberían indicar en sus informes si existiesen restricciones o impedimentos en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio sobre la base de factores especiales como el grado de parentesco, la incapacidad mental.

Si bien no estableció la edad concreta para contraer matrimonio, afirmó que dicha edad debía ser tal que pudiera considerarse que los contrayentes han dado su libre y pleno consentimiento personal en las formas y condiciones prescritas por ley. Asimismo, aclaró que las disposiciones debían ser compatibles con el ejercicio de los demás derechos, por ejemplo, con el derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión.<sup>13</sup>

#### **1.4.2. Convención sobre los Derechos del Niño<sup>14</sup>**

“Artículo 16º

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.”

---

<sup>13</sup> BELOFF, Mary. 2014, op.cit. pp. 396-397.

<sup>14</sup> NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Convención sobre Derechos del Niño*, Resolución Nº 44/25, 20 de noviembre de 1989, disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultada el día 29/06/2017.

La Observación N° 07<sup>15</sup> referida a realización de los derechos del niño en la primera infancia, afirma que:

“... reconoce que familia se refiere a una variedad e estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño...”. El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños.

### **1.5. Pronunciamientos emitidos por Cortes Internacionales sobre protección a la familia**

Los Convenios Universales a través de los Pactos internacionales y regionales como la Convención Americana, han establecido medidas de protección para el cumplimiento de las disposiciones, en caso de trasgresiones por parte de los Estados miembros, puede acudir a las Cortes para que se demande y se pronuncie sobre la vulneración a los derechos fundamentales y se adopte alguna medida reformativa.

Es así que en el caso regional latinoamericano, haremos solo referencia a dos casos, que han sido sometidos para el pronunciamiento respectivo, que resultan relevantes sobre el concepto de familia y su protección, especialmente al niño como parte integrante de la familia y, mientras que en el caso del Tribunal Europeo si se ha podido pronunciar sobre diversos casos en los que se ha identificado trasgresiones o incumplimientos de los Estados Partes.

---

<sup>15</sup> BELOFF, Mary, op. cit. p. 395.

### 1.5.1. Pronunciamientos por la Corte Interamericana de derechos Humanos

#### a) Caso Atala Riffo y niñas vs Chile

Se trae a colación el presente caso, por cuanto resulta interesante el desarrollo que realiza sobre el concepto de familia, admitiendo un concepto de familia amplio a la luz de los tratados internacionales que exigen a los Estados partes garantizar la protección de relevante el desarrollo que realiza sobre el concepto de familia.

Cabe advertir que, en el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 171, 172 y 173<sup>16</sup>; se hace mención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el cual ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que la noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de “familia” de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Es así, que en el “Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que si una relación puede considerarse como vida familiar, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios.

La catedrática e investigadora MARY BELOFF<sup>17</sup> señala que, en el marco de lo expuesto, sobre el Derecho del Niño a vivir con su familia<sup>18</sup>

<sup>16</sup> INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Corte, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, versión en español, Costa Rica, 2012, disponible en la página web: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf), consultada el día 29/06/2017. pp.55-56.

<sup>17</sup> BELOFF, Mary. 2014, ob. cit, pp. 395

<sup>18</sup> Se debe tener en cuenta que en el año 2002 se emite la **Opinión Consultiva OC-17/02**, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ella se resuelve entre otros puntos lo siguiente: “...71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en

respecto al fallo emitido por la Corte IDH -conforme al art. 17º de la Convención Americana- caso Atala Rifo y niñas vs. Chile: “...en la Convención americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo tradicional de la misma. Al respecto el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio...”

Para la catedrática e investigadora LAURA CLÉRICO<sup>19</sup> respecto el pronunciamiento emitido en el caso Atala Rifo señala que “(...) la Convención Americana de Derechos Humanos no privilegia un modelo único de familia (Artículo 11.2 de la convención americana y artículo 17 de la Convención) por cuanto este puede variar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que era visible que se había constituido un “núcleo familiar” que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la convención americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y efectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por ello, para la autora CLÉRICO, el Tribunal concluyó que la separación de la familia constituida por la Sra. Atala, su pareja y las niñas constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

## **b) Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina**

MARY BELOFF señala respecto al Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, la sentencia en el que el Sr. Forneron y la Sra. Enríquez tuvieron una relación que culminó antes que naciera una niña en el año 2000. Fornerón desconoció la existencia del embarazo hasta el quinto mes y partir de ese momento se

---

su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia...”. Ver: **Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, 2002, en la página web:** [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consultada el día 25/06/2017, pp. 65.

<sup>19</sup> CLÉRICO, Laura, “Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH”, *Discusiones XIV*, Nª 14, 2014, pp.175-218, disponible en la página web: <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=laura+clerico>, consultada el día 29/06/2017.



interesó por saber si era el padre, circunstancia que era negada por la madre. La niña fue inscrita por su madre y entregada a un matrimonio. Días después el padre se efectúa un examen de ADN y comprueba que es el padre. A partir de ese momento exige ante Tribunales la restitución, mientras se otorgaba la adopción simple a favor de los guardadores. El padre presenta su caso a la Comisión en el año 2010 y la Corte se pronunció estableciendo que el estado trasgredió derechos de Fornerón y su hija a un debido proceso, garantías judiciales y su derechos a la protección a la familia, consagrados en los artículos 8.1., 25.1 y 17 de la Convención Americana, señalando: *“el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia”*<sup>20</sup>.

Para BERTIE Y NASAZZI, en el análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija Vs. Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y el vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno, un padre dictó una sentencia de reparación en la que se establece entre otros la necesidad de establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la vinculación de padre hija y el pago de una indemnización por daño material e inmaterial.

Para los autores<sup>21</sup> la Corte Interamericana relata que los niños tiene el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Constitución.

La Corte ha sostenido en su cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>22</sup> en alusión al Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, con sentencia expedida en el año 2012, lo siguiente:

---

<sup>20</sup> BELOFF, Mary. op. cit. p. 390.

<sup>21</sup> BERTIE, Milagros y NASAZZI, Fernando, “Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. Argentina a la luz del derecho a la identidad biológica y el vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno”, *Revista internacional de Derechos Humanos*, Nº 4, 2014, p.226.

<sup>22</sup> INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Corte, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos Nº 5: Niños y Niñas* (versión en español), Claudio Nash (Ed.), 2015, pp. 46-47, Disponible em la página web: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/todos-los-libros>, consultada el día 29/06/2017.

“...98. Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas.

Agrega la Corte que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia; y finalmente sostiene conforme fue el criterio del perito García Méndez, que el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado....”

### **1.5.2. Pronunciamientos del Tribunal Europeo**

Desde Argentina, LAFFERRIERE Y BASSET<sup>23</sup> efectúan un estudio sobre sentencias de la Corte Europea, referidas entre otras a la familia, y nos permite conocer algunos procesos que podrían ilustrar cual ha sido el pronunciamiento por la Corte sobre la protección a la vida familiar.

---

<sup>23</sup> LAFFERRIERE Jorge y BASSET, Úrsula, “Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea”, *Persona y derecho*, Nº 63, 2010, Buenos Aires, pp. 30-32.

Así nos refieren el caso *Marckx vs. Bélgica* (6833/74, ECHR, 13/6/1979) la Corte Europea sostuvo que la vida familiar contenida en el art. 8 del CEDH se aplica tanto a la familia legítima como a la familia ilegítima: "... a pesar de que el objeto del Art. 8 es esencialmente el de proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, ello no obliga al Estado a solo abstenerse de dicha interferencia: además de esta medida primariamente negativa, debe haber acciones positivas inherentes a un efectivo 'respeto' por la vida familiar"<sup>24</sup>

En otro procesos, seguido por *Schalk and Kopf vs. Austria* caso judicial decidido en 2010 por Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Si bien se pronuncia excluyendo del matrimonio a dos personas del mismo sexo, al señalar que no es discriminatorio en los términos del artículo 14 interpretado conjuntamente con el artículo 8 del CEDH el negar el acceso al matrimonio de dos personas del mismo sexo; no obstante se reconoce la unión de personas del mismo sexo configuran "vida familiar", la Corte estudia la cuestión referida a si las uniones de personas del mismo sexo configuran "vida familiar", en los términos del artículo 8 del CEDH y decide, por primera vez en la historia de su jurisprudencia, incluir en su concepto de vida familiar a las parejas de personas del mismo sexo.

Los autores hacen referencia a antecedente del caso *Schalk* y refieren el "caso *B and L Vs. United kingdom*", en los que correspondía impedimento parentesco entre suegro y nuera por tener una relación al incesto en protección a los niños, pero la corte sostuvo que los estados no deben restringir de tal manera el derecho a casarse que su esencia se vea dañada.

En el "caso *F vs. Switzerland*" se considero irrazonable el plazo de 3 años para volver a casarse a un hombre divorciado 3 veces, se veía dañada la esencia del derecho a casarse si se obligaba a un hombre al plazo de reflexión en el que no tenía interés. En ambos casos, se perjudicó el resguardo de cualidades del matrimonio.<sup>25</sup>

Otra situación ha sido del matrimonio entre personas del mismo sexo biológico pero una de ella tenga reasignación por transexualismo, como ocurre

---

<sup>24</sup> **LAFFERRIERE**, Jorge y **BASSET**, Úrsula, ob. cit, p. 29

en el caso *Godwin Vs. United Kingdom*, la Corte admitió que si bien biológicamente tiene el mismo sexo, desde el punto de vista social y jurídico son tratadas como de diferente sexo.

Los autores se cuestionan, si se debía entender como familia a la integrada por padres que viven en techos distintos y refieren que para la corte, la cohabitación no es definitoria de la vida familiar. La familia es un concepto líquido, que puede abarcar zonas o apenas algunos parentescos. Por ejemplo, hay vida familiar si hay vínculo entre el padre y el hijo aunque no haya ninguna vinculación de padre entre sí.

Un caso similar a *Fornerón* seguido ante la Corte Interamericana, del padre que exige la custodia de su hija conocida su parentesco desde su nacimiento y que los Tribunales argentinos conceden la guarda y adopción a un matrimonio, privándole de la vida familiar al recurrente, es el caso *Keegan Vs. Irlanda* en el cual el padre y madre se separan antes que nazca el niño e incluso se concede en adopción, el padre reclamo y se opuso a la adopción y la corte sostuvo que existe un derecho a la vida familiar del niño nacido, aun si al momento del nacimiento los padres ya no convivían.

En consecuencia, de acuerdo a los Convenios Internacionales advertimos el concepto de familia en Declaración Universal de los Derechos Humanos: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.

Por ejemplo, en el Pacto de derechos civiles y políticos: “(...) la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad”; en la Convención Americana de derechos Humanos: “(...) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado; y,

---

<sup>25</sup> Cabe indicar que el demandante impugnó una suspensión de tres años de nuevo matrimonio por parte de un tribunal suizo en virtud del artículo 150 del Código Civil suizo tras su tercer divorcio. El Tribunal de Justicia declaró que la prohibición de tres años infringía el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protege el derecho al matrimonio. Si bien reconoció que la prohibición tenía un propósito legítimo de proteger la estabilidad marital, determinó que los medios elegidos por el Gobierno suizo eran desproporcionados con respecto al objetivo perseguido. Ver: <http://swarb.co.uk/f-v-switzerland-echr-18-dec-1987>, consultada el 25 de junio del 2017.

en la Convención Europea de Derechos Humanos: “(...) la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad.”

Del contenido de los enunciados, podemos ver la similitud en la redacción de los Convenios para referirse al concepto familia, pero no delimitan su contenido y es así que han debido dictarse “Observaciones”, emitidas por el Comité de derechos Humanos, al advertir que son los estados partes los que deben definir el concepto de familia en su normatividad interna.

No obstante, hemos podido advertir que la Observación N° 19, pronunciada en el año 1990, del Comité de Derechos Humanos referido al artículo 23° del PIDCP exige a los Estados Partes, que en el marco de las obligaciones de respeto, garantía y adecuación, definan en la legislación nacional de los cual es el contenido del concepto de familia, si incluye a la familia nuclear o extensa, incluso exige o se precise la protección que se brinda a las familias monoparentales o parejas que no se casen.

Posterior a ella es la Observación N° 7 de la Convención sobre los derechos del niño en la cual reitera a los estados partes, emitida en el año 2005, que el desarrollo de los niños esta al cuidado de familia nuclear, ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas; y de otro lado, en la práctica se evidencia que los modelos familiares son variables en la regiones y hay tendencia hacia la diversidad en el tamaño de la familia.

## **CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE FAMILIA Y SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL**

La Familia es una institución que ha sido reconocida por los Estados como uno de los pilares fundamentales de la sociedad, siendo el Estado el primer promotor de su constitución y resguardo.

Ahora el concepto de familia ha ido evolucionando a través de los años, considerando también los cambios en cada sociedad; sin embargo, no es raro encontrar legislaciones que aún se equipara el concepto de familia al matrimonio, toda vez que durante años en muchas legislaciones el matrimonio fue concebido como única forma de familia o aquella reconocida a nivel legislativo, cubierta de protección.

Sin embargo, en más de un ordenamiento jurídico como es el de España, a fin de proteger de forma adecuada a grupos de familias constituidas de forma diferente, es que a través de los tribunales de justicia se ha ido llenando de contenido al concepto de familia enriqueciéndolo de una perspectiva más amplia basado en principios y derechos constitucionales que demandan especial observancia.

### **2.1. En concepto de familia en la Constitución Española**

El derecho español consagra en su Constitución, la protección de la familia, en instituciones como el matrimonio, la unión no matrimonial, la igualdad entre cónyuges, así como la protección a los hijos con independencia de su filiación.

Como sabemos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23º define a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado; y, en

este sentido la Observación N° 19 lado ha señalado que los Estados deben definir el concepto nuclear y extendida, con indicación del grado de protección.

En este sentido, autores como Álvarez Conde<sup>26</sup>, refiere el contenido de los principios rectores de la familia en los cuales se proclama la protección integral de los hijos, con independencia de la filiación, posibilitando la investigación de la paternidad, se regulan los deberes de los padres, así como la protección para los niños previstos en Convenciones internacionales.

El autor agrega que algunos principios no han tenido el desarrollo legislativo acordes con la realidad y de otro lado señala cual ha sido la línea jurisprudencial y se plantea a la familia como unidad tributaria. El profesor Díaz Revorio<sup>27</sup>, nos precisa sobre las políticas de apoyo a la familia: valoración constitucional, y señala que "...la protección a la familia, es constitucionalmente un principio rector de la política social y económica lo que implica que, entre otras consecuencias, que todos los poderes públicos, y especialmente el legislador y el ejecutivo, están obligados a hacer efectiva dicha protección adoptando las medidas necesarias..."

En este caso podemos advertir, en los autores Díez Picazo y Gullón, que<sup>28</sup> aun en la evolución de familia matriarcal a patriarcal, y de manera contemporánea la denominación de nuclear, "formada por la pareja e hijos", así como la interrelación que significa componentes de la pareja entre sí, de cada uno de los progenitores con cada uno y los hijos entre sí: "...Cuando el derecho moderno habla de familia, se refiere a la familia nuclear y no a la familia extensa y cuando los artículos 32 y 39 de la Constitución Española se refieren a protección jurídica y económica solo se refiere a la familia nuclear; con lo cual para los autores mencionados, no se incluiría en esta protección a los integrantes de la familia extendida.

En este sentido se pronuncian los autores Carrasco y Ureña<sup>29</sup>, si bien el concepto familia no se limita al matrimonio, ni limita las relaciones con

---

<sup>26</sup> **ÁLVAREZ**, Enrique, *Curso de derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 4ta Edición, 2003, p. 523.

<sup>27</sup> **DÍAZ**, Francisco, *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, Editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1era Edición, 2015, p.355.

<sup>28</sup> **DÍEZ-PICAZO**, Luis y **GULLÓN**, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 10ª edición, 2008, p. 32.

<sup>29</sup> **CARRASCO**, Ángel y **UREÑA**, Magdalena. *Derecho de familia: Lecciones de derecho civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1era Edición, 2013, pp. 21-22.

descendencia (STC 19/2012, 198/2012); la protección es para las familias nucleares, matrimoniales con personas del mismo o diferente sexo o extramatrimoniales, si se han constituido de acuerdo al estatuto de su comunidad autónoma y las familias monoparentales.

Por otra parte, el profesor Díaz Revorio<sup>30</sup>, precisa que el concepto de familia objeto de protección constitucional no se funda necesariamente en el matrimonio pero protege esa y otras análogas, incluyendo las parejas de hecho (tanto heterosexuales como homosexuales), así como relaciones de parentesco entre ascendientes, descendientes y colaterales y a las generadas por adopción y por ello deben recibir un tratamiento igual a las fundadas en el matrimonio, aquellas “ que tienen origen una relación de hecho análoga a la matrimonial” a las llamadas “familias monoparentales o incluso las llamadas cruzadas, haciendo referencia el autor , en las que los hijos de una relación anterior conviven con la nueva y si bien hay protección para las relaciones de padres a hijo: “... no puede descartarse que la convivencia y afecto justifiquen cierta protección de la nueva vida familiar que incluye a la nueva pareja y los hijos del otro”.

### **2.1.1. Concepto de familia para el Tribunal Constitucional Español**

Para Díez – Picazo y Gullón Antonio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto de familia y refieren que “si bien se refiere a la familia fundada sobre el matrimonio, no se identifican hasta el punto de que sólo pueda protegerse la familia matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales, esa modalidad de vida familiar. Existen junto a ella otras, como corresponde a una sociedad plural, si bien reconoce que el matrimonio y la convivencia no son a todos los efectos realidades equivalentes.

En la sentencia 222/1992<sup>31</sup>, se determina que el art. 58.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

---

<sup>30</sup> DÍAZ, Francisco, ob. cit, p. 353.

<sup>31</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ob. cit., p. 39.



En este caso el viudo del arrendatario fallecido y quien con él haya convivido more uxorio, condiciona la subrogación en favor del cónyuge superviviente a la convivencia con el fallecido, exige la vida en común, así como la situación fáctica -haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento- para que mediante la subrogación, haya continuidad en la permanencia en la vivienda, como objeto de la protección legal, señalando la convivencia matrimonial y extramatrimonial se atempera al principio constitucional de igualdad (artículo 14 de la Constitución).

Sentencias 116/1999 y 35/1998,<sup>32</sup> señala que el concepto de familia no es solo la de origen matrimonial, sino existen otras que corresponde a una sociedad plural, en sus distintas modalidades.

Carrasco y Ureña<sup>33</sup> refiere “La constitución española no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio, ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia (STC 19/2012, STC 198/2012)”. Para los autores, las familias protegidas son las nucleares, sean las matrimoniales entre personas del mismo o diferente sexo; las extramatrimoniales reguladas por la legislación autonómica correspondiente; y las monoparentales, sea por no estar casado, separado, divorciado, viudo o por haber procreado con técnicas de reproducción asistida.

### **2.1.2. Análisis de la Sentencia 198/2012**

La Constitución española a decir del profesor Rams<sup>34</sup>, es parca e inexpresiva en relación a la familia, pero resulta muy detallista al definir al matrimonio en el art. 32º de la CE “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

---

<sup>32</sup> **SERNA**, Encarnas, *El principio de igualdad en la familia*, disponible en la página web: [http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver\\_articulo.php?articulo=154](http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=154), consultada el día 29/06/2017, p. 148-149.

<sup>33</sup> **CARRASCO**, Angel y **UREÑA**, Magdalena. op.cit, p. 22.

<sup>34</sup> **RAMS**, Joaquín, *Elementos de derecho civil, IV Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 3ª edición, 2008, p. 12.

En el año 2005 se dictó la Ley 13/2005 que permitió la extensión de la institución del matrimonio a la unión de homosexuales con los requisitos previstos para el matrimonio entre personas heterosexuales, es decir: edad, capacidad, derechos y deberes, así como regímenes económicos, causas de separación y disolución. Señalando inclusive la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

Esta situación tuvo reacciones contrarias algunas a favor y otras en contra; significó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la referida ley sosteniendo entre los argumentos lo siguiente: primero, se sostuvo la infracción al artículo 32º de la Constitución Española (en adelante, art. 32º CE) relativo al derecho a contraer matrimonio y su garantía institucional, dada la referencia al matrimonio entre hombre y mujer, solo podría referirse al matrimonio heterosexual.

El segundo argumento se refiere a la trasgresión de convenios internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los cuales precisan el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, y en este sentido tendría que ser interpretado el art. 32 CE, debiendo ser los integrantes hombre y mujer.

El tercer motivo de inconstitucionalidad se refiere a que la ley invoca remoción de discriminación basada en la orientación sexual y la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos al permitir el libre desarrollo de la personalidad, pero entre otros cita que el ATC [222/1994](#), de 11 de julio, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que la no regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo no constituye una violación del art. 12 CEDH.

El cuarto motivo de inconstitucionalidad invocado por los recurrentes es la infracción del art. 39 CE en sus apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia y de los hijos y señala la restricción de la adopción, la cual sería contraria, al mandato de protección integral de los hijos, precisando que no

corresponde referencia a la discriminación, por no haber derecho a adoptar por parte de las parejas heterosexuales.

El quinto motivo de inconstitucionalidad se refiere a que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo significa una alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del art. 32 CE y del art. 53.1 CE; el sexto es referido a la vulneración del principio de jerarquía normativa. En la medida en que, de acuerdo con lo expuesto en las alegaciones anteriores, las normas contenidas en la ley impugnada contradicen el art. 32 CE y, como consecuencia de ello, otros preceptos constitucionales, debe considerarse también vulnerada dicha vertiente del art. 9.3 CE; y el séptimo motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 9.3 CE en su dimensión de principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, debido a la modificación por ley ordinaria y sin la reforma previa de la Constitución; El último motivo de inconstitucionalidad es la infracción del art. 167 CE, relativo a la reforma constitucional, por haberse efectuado una reforma legal omitiendo la reforma constitucional.

Alejandro Villanueva, profesor de la universidad de Jaén, efectúa un análisis de la referida sentencia y sostiene <sup>35</sup> la referencia los conceptos previstos en el artículo 32º CE referidos al doble carácter de garantía institucional y de derecho constitucional. El autor señala que el término de garantía institucional surge de la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, dónde se establece que se persigue la protección de instituciones fundamentales dentro del orden constitucional que han sido enunciadas y no desarrolladas por la Carta Magna.

En lo que se refiere al matrimonio como una garantía institucional, el Tribunal considera que las modificaciones introducidas en el Código Civil mediante la Ley 13/2005 mantienen dicha institución en su Fundamento Jurídico 9 que «la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que

---

<sup>35</sup> **VILLANUEVA**, Alejandro. “Análisis jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 14, 2014, pp. 2-7.

genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el Legislador».

La sentencia 198/2012 precisa que las garantías institucionales protegen frente a limitaciones que hagan inviable la subsistencia de la respectiva institución y el matrimonio heterosexual no resulta limitado por la ley impugnada.

En este aspecto el profesor Belda<sup>36</sup> nos precisa que la garantía constitucional o institucional trata sobre “la protección de los que entendamos como institución jurídica”, y que a decir de Schmitt junto a los derechos fundamentales protectores de las personas, el de garantías institucionales es el conjunto de mecanismos arbitrados por el constituyente para que el legislador ordinario no afecte la esencia de determinadas instituciones.

Villanueva agrega que en esta sentencia que: “la protección de la garantía institucional es doble: objetiva (garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen de la institución) y subjetiva (garantizar al ciudadano, titular del derecho, que el reconocimiento del derecho no queda eliminado o desnaturalizado por el legislador).”

La sentencia sostiene en su numeral 9 que no hay reproche desde el punto de vista de garantía institucional, debido a que no es una opción excluida por el constituyente y que puede entenderse en el contexto de una noción institucional de matrimonio más extendida en la sociedad española.

---

<sup>36</sup> **BELDA**, Enrique, *Los derechos de las personas y las funciones del estado como límite a la supresión de instituciones*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1era. Edición, 2014, pp. 47-48.

Es parte del debate la protección constitucional al matrimonio, no obstante el Tribunal precisa que el matrimonio u familia son dos bienes constitucionales diferentes y así familia no es exclusiva de la que tiene su origen en el matrimonio, ni limitada a las relaciones con descendencia y precisa en su numeral 5 de la sentencia que son dignas de protección constitucional: “los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales y los hijos sean concebidos dentro o fuera del matrimonio y precisa que no tiene definido el Tribunal el concepto constitucional de familia y ello no impide incluir a familias que se originan en el matrimonio y ello considerando que el TEDH desconecta el derecho de contraer matrimonio y la garantía de su protección cuando señala que el concepto de vida familiar no se refiere sólo a familias fundadas en matrimonio sino a las de hecho.

La sentencia hace referencia al matrimonio como derecho constitucional en su numeral 10, y refiere sobre contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose.

El profesor Villanueva consideramos que si el núcleo esencial de la institución matrimonial está constituido por las notas de monogamia y heterosexualidad, el mecanismo adecuado para regular el matrimonio homosexual correspondía a la reforma constitucional y no la legislación ordinaria; pero en interpretación gramatical, al referirse la Constitución el derecho a contraer matrimonio (hombre y mujer), no podría restringirse a parejas heterosexuales y conforme añade si bien el constituyente legisló sobre la institución matrimonial, como unión indisoluble, característica variada, el autor sostiene que la heterosexualidad no es una nota definidora del contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Por ello afirma que la modificación legislativa ha garantizado derechos como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos con independencia de su orientación sexual, regulando el régimen de ejercicio de este derecho constitucional sin afectar su contenido esencial.

## **2.2. Régimen de protección a la familia desde el derecho constitucional**

A continuación veremos cómo ha ido afrontando el derecho constitucional español algunos temas que resultan de similar problemática en el ordenamiento jurídico peruano vinculados a la familia y el matrimonio, lo cual nos permitirá realizar un contraste posteriormente.

### **2.2.1. Reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio y el derecho a la igualdad**

Eduardo Espín<sup>37</sup> refiere que respecto del reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio posee un régimen de garantías menos intenso. Agrega que la fórmula constitucional tiene una triple virtualidad, la primera referida a la regulación del matrimonio, que incluya los aspectos definidos en el apartado 2 del artículo 32 de la Constitución Española, para lo cual la debe coherer con las regulaciones de uniones no matrimoniales y la exigencia de igualdad entre los hijos con independencia de su filiación.

La segunda definida como la igualdad entre los cónyuges, eliminando numerosas discriminaciones que sufría la mujer casada y en tercer lugar agrega Espín, el reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio significa una remisión a los principios del régimen jurídico del matrimonio: formas, edad, capacidad, derechos y deberes de los cónyuges, separación, disolución y efectos.

Los tratadistas Díez-Picazo, Luis y Gullón Antonio, refieren<sup>38</sup> que si bien los preceptos básicos que se dedica a la familia corresponden a artículo 32º de la Constitución Española, por el cual el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y que la ley regula formas, edad y capacidad para contraerlo, deberes y derechos, así como causas de separación, disolución y efectos; por su parte, mediante el artículo 39º de la

<sup>37</sup> **ESPÍN**, Eduardo, "Lección 10: Los Derechos de la esfera personal", en Luis López Guerra y otros (co-  
coord.), *Manuales de Derecho Constitucional (Volumen I): El ordenamiento constitucional, derechos y  
deberes de los ciudadanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 9na Edición, 2013, pp. 222-225.

<sup>38</sup> **DÍEZ-PICAZO**, Luis y **GULLÓN**, Antonio, op.cit, p. 39.

Constitución Española, los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y los hijos, siendo iguales ante la ley, con independencia de su estado civil; hay otros que corresponden a matices familiares como los previstos en los artículos 18º de la Constitución Española referido a una intimidad familiar, el 27º de la Constitución Española referidos a la educación de los hijos y el 50º de la Constitución Española referido a las obligaciones familiares con la tercera edad.

### **2.2.2. De la formalidad del matrimonio y la aptitud para casarse**

La Constitución española y las formas del matrimonio reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio significa una remisión a los principios del régimen jurídico del matrimonio: formas, edad, capacidad, derechos y deberes de los cónyuges, separación, disolución y efectos.

Sobre las formas de celebración del matrimonio, Albaladejo<sup>39</sup> señala las siguientes: Matrimonio civil, señalado la normal, celebrada como acto solemne ante el funcionario autorizante y dos testigos mayores de edad y las formas excepcionales como el matrimonio en peligro de muerte, puede realizarlo ante funcionario diferente al normal, no requiere de expediente previo o hacerlo en secreto y puede prescindir de testigos; agrega el matrimonio secreto y termina con el matrimonio canónico, el cual requiere cumplir los requisitos del derecho canónico y los exigidos por derecho civil.

Sobre el matrimonio secreto o de conciencia, que no está previsto en la legislación peruana, Díez Picazo<sup>40</sup> refiere que está exonerado del requisito de publicidad y de otros trámites públicos, autorizado por el Ministerio de Justicia, cuando concurren causas suficientemente probadas, el cual se mantiene hasta que ambos no consientan en la divulgación.

Respecto a la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, por divorcio y que por Ley del 8 de julio del 2005, no hay causa de divorcio sino

---

<sup>39</sup> **ALBALADEJO**, Manuel, *Curso de derecho civil IV Derecho de familia*, EDISOFER.S.L., Madrid, Undécima edición. 2007, pp. 52-54.

<sup>40</sup> **DÍEZ-PICAZO**, Luis y **GULLÓN**, Antonio, op.cit, p. 89.

plazo mínimo lo que suprime la necesidad de disolución en el derecho español es de tres meses de casados y a voluntad de uno los cónyuges.

Del requisito de edad Díez-Picazo<sup>41</sup>, señala que la edad de acuerdo a la Ley de 7 de Julio de 1981, no ha fijado una edad para contraer matrimonio; en consecuencia se requiere la mayoría de edad o cuando menos la emancipación, según el autor al legislador le ha preocupado más la madurez que la procreación.

Sobre la regulación y las formas del matrimonio, Susana Almeida<sup>42</sup> refiere en su análisis, que el Tribunal Europeo, respecto al art. 12, remite a las leyes nacionales correspondientes a la regulación relativa al derecho a contraer matrimonio, mayormente mediante la previsión de normas de fondo y de forma, concernientes a materias como la capacidad, el consentimiento, los impedimentos y la publicidad y solemnidad del matrimonio, así como la reglamentación de las consecuencias jurídicas del matrimonio o de los lazos familiares emergentes; añade que a este particular, el Tribunal dictó, en la Sentencia F. Suiza, de 18 de diciembre de 1987, A 128, que “[e]n todos los Estados miembros del Consejo de Europa, estas «limitaciones» aparecen como condiciones y se encarnan en normas tanto de forma como de fondo. Las primeras respectan principalmente a la publicidad y solemnidad del matrimonio; las segundas a la capacidad, consentimiento y ciertos impedimentos” (§ 32).

Entre los requisitos para el matrimonio podemos señalar la edad y de acuerdo al autor Pérez Temps, la Constitución española señala en su artículo 12, una de las condiciones de ejercicio: la mayoría de edad, establecida a los 18 años. Agrega, que el ordenamiento jurídico puede permitir el ejercicio de algunos derechos antes del límite fijado para la mayoría de edad y cita entre otros casos el de matrimonio a los 14 años, sometidos a determinadas condiciones<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> DÍEZ-PICASO, Luis y GULLÓN, Antonio, op.cit, p. 75.

<sup>42</sup> ALMEIDA, Susana, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia, en: Red Europea de Formación Judicial, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia (REFJ1001)*, ponencia llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, el día 14 de mayo de 2010, disponible en: [https://www.academia.edu/2269451/Jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_Europeo\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_en\\_relacione\\_s\\_de\\_familia](https://www.academia.edu/2269451/Jurisprudencia_del_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_en_relacione_s_de_familia), consultada el día 21 de Mayo del 2017. p. 3.

<sup>43</sup> PÉREZ, Pablo. “Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales”, en Luis López Guerra y otros (co-coord.), *Manuales de Derecho Constitucional (Volumen I): El ordenamiento constitucional*,



El tratadista Albaladejo refiere respecto a la aptitud para casarse la tiene<sup>44</sup> “todo varón o hembra emancipado que sea libre” es decir, que no esté casado y se halle en su sano juicio. El autor hace referencia que de acuerdo al 46º del Código Civil, no pueden contraer matrimonio civil los menores no emancipados, la cual sólo se alcanza a los 16 años, aunque refiere que anteriormente se permitía el matrimonio del varón a los 14 años y la mujer 12 años, en atención a la aptitud sexual y añade que en el derecho antiguo se pensaba que “la irreflexión posible con la necesidad de la licencia que era precisa para el matrimonio.”

Respecto a la edad, Díez-Picazo<sup>45</sup>, señala que la edad de acuerdo a la ley de 7 de Julio de 1981, no ha fijado una edad para contraer matrimonio; en consecuencia se requiere la mayoría de edad o cuando menos la emancipación, según el autor al legislador le ha preocupado más la madurez que la procreación.

Respecto al derecho a la salud reproductiva, mediante Ley 41/2002<sup>46</sup>, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su artículo 9º, Literal c, segundo párrafo “...cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”

En este sentido podemos advertir que las adolescentes mayores de 16 años, ejercen derecho a la autonomía de su salud y no requieren la compañía de sus padres para que las asistan a un centro de salud en su condición de menores de edad e incapaces relativos y por otro lado en España se ha

---

*derechos y deberes de los ciudadanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 9na Edición, 2013, p. 144.

<sup>44</sup> **ALBALADEJO**, Manuel, ob. cit. p. 45.

<sup>45</sup> **DÍEZ-PICAZO**, Luis y **GULLÓN**, Antonio, ob. cit. p.75.

<sup>46</sup> Disponible en la página web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188>, revisada el día 29 de Junio del 2017.

aprobado la Ley Orgánica 2/2010, de fecha 03 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y en su parte considerativa señala:

“La presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada.”

El legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina «autodeterminación consciente», dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución<sup>47</sup>. Y es así que regula en su artículo 3º el reconocimiento al derecho a la maternidad libremente decidida.

Asimismo como parte de las políticas públicas dispone en su Artículo 5, como Objetivos de la actuación de los poderes públicos, que en Los poderes públicos en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y sociales garantizarán, entre otros: a) La información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo; b) El acceso universal a los servicios y programas de salud sexual y reproductiva, debiendo señalar que en concordancia con la Ley Nº 41/2002 tendrían acceso las adolescentes mayores de 16 años de edad.

Del derecho a la igualdad entre cónyuges y la prohibición de discriminar por orientación sexual. La profesora Martín<sup>48</sup> refiere que en España “...con la

---

<sup>47</sup> **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.** En Boletín Oficial del Estado – Agencia estatal, disponible en la página web: <https://www.boe.es/legislación/documentos/ConstituciónCastellano.pdf>, revisada el día 29 de Junio del 2017.

<sup>48</sup> **MARTÍN,** María, “La Prohibición de discriminación por orientación sexual”, *Revista Estudios de Deusto*, Nº 1, 2010, página 132.

democracia llegó la tolerancia hacia los homosexuales y empezaron a ser reconocidos públicamente, constituyéndose como grupo minoritario respecto a la sociedad mayoritariamente heterosexual, manteniéndose discriminaciones normativas al negarles derechos reconocidos para heterosexuales en el ámbito de las relaciones de parejas...”; estas restricciones agregadas fueron superándose al reconocerse y concederles ciertos derechos de parejas, hasta que se aprobó la Ley 13/2005, con la que se terminó todo tipo de restricciones a parejas por razón de su orientación sexual.

El maestro Rams<sup>49</sup>, refiere respecto a la modificación del Código Civil lo siguiente: “...La reforma de la ley de 1 de Julio del 2005, efectúa o trata de llevar a cabo un radical cambio de interpretación legal del precepto constitucional. (...)En tanto que de otra parte y como consecuencia inmediata de la interpretación anterior, la ley antes citada se limita en lo material a admitir el matrimonio a personas de igual sexo sin que resulten modificados sus requisitos y efectos y a corregir aquellos en la existencia de una relación matrimonial con las palabras marido y mujeres u otras semejantes que le daban razón de heterosexualidad que era propia de la institución.

Albaladejo<sup>50</sup> refiere, que ya no hay nulidad por igualdad de sexo, para la doctrina el matrimonio no era nulo sino inexistente. Con la modificación de la legislación, solo podría ser nulo de conformidad con el artículo 73.1 si el cónyuge hubiera incurrido en error en cuanto al sexo del otro.

### **2.2.3. Del reconocimiento de las uniones de hecho y el principio de igualdad**

Con la familia constituida por el matrimonio también se incluye según Albaladejo<sup>51</sup> al “grupo no originado en el matrimonio, sino que apoyado en una situación de hecho, bien de puro hecho, bien cumpliendo algunos requisitos, vive unido, derivando de ello ciertas consecuencias jurídicas, que varían según los casos (aunque en ninguno son iguales a las que produce el matrimonio)

---

<sup>49</sup>RAMS, Joaquín, op.cit, p. 46

<sup>50</sup>ALBALADEJO, Manuel, op. cit. p. 84.

<sup>51</sup>ALBALADEJO, Manuel, op.cit, p. 10.

entre los convivientes de hecho, hayan o no hayan hecho constar documentalmente su unión o inscrito está en un registro ad hoc.”

Para los autores Carrasco y Ureña<sup>52</sup>, la protección constitucional de familia no distingue si los miembros estén o no casados, se extiende a los integrantes de la unión more uxorio; no obstante, ello no significa que se haya establecido el mismo régimen jurídico, señalando que matrimonio y parejas de hecho son realidades diferentes, así sostienen que “ el Tribunal constitucional ha asumido la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador: el de matrimonio y el de las parejas de hecho, que son reflejo de la capacidad de elección de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio y ha reconocido que la convivencia “more uxorio” ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento, “...estando legitimado el legislador para establecer diferencias en las consecuencias jurídicas que se derivan de la opción por uno u otro régimen jurídico”.

Para analizar el principio de igualdad consideramos conveniente citar Ferrajoli <sup>53</sup>, quien señala cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia:

**a) La primera: la indiferencia jurídica de las diferencias.**

Para el autor las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Agrega el autor que el tema de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico natural de mujer y de madre.

**b) El segundo modelo es de la diferenciación jurídica de las diferencias,** En el cual según el autor Ferrajoli, se valorizan algunas identidades y otras no. En este caso aparecerían el concepto de discriminación al hacer referencias al rol del “sujeto macho, blanco, propietario y ciudadano”, entendiendo en este contexto la discriminación de las mujeres de los derechos civiles y políticos.

---

<sup>52</sup> CARRASCO, Ángel y UREÑA, Magdalena, ob. cit, p. 22.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías: La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1era Edición, 1999, pp. 73-96.

**c) El tercer modelo es de la homologación de las diferencias**, señala Ferrajoli que empezando por el sexo, apuntan a ser valoradas, negadas, desplazadas, reprimidas y violadas. Aquí señala que “la diferencia femenina no sufre discriminación en el plano jurídico, en este plano resulta desconocida, ocultada y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones.

**d) Finalmente, el cuarto modelo es de la valoración jurídica de las diferencias**, basado en el principio de igualdad en los derechos fundamentales: políticos, civiles, de libertad y sociales y para ello acude a señalar que “las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas, no desde su abstracta igualdad, sino como reconocer factores de desigualdad y no se piense sólo en formular normativas de derecho sino en garantías de su efectividad.

García Morillo, se inserta en esta clasificación de diferencias de Ferrafoli y hace referencia a un grupo social en situación de desigualdad y que por ello no sólo se debe proyectar a la normativa sino a “las garantías de la efectividad” y comentando la Constitución Española, refiere “es un hecho incontestable que la realidad está llena de situaciones concretas y específicas que pueden merecer la actuación del legislador a fin de resolver un problema particular, regular de manera distinta un sector de la actividad social o hacer frente a una circunstancia imprevista. Y por otro lado, también resulta evidente que los ciudadanos y los grupos sociales se hallan, en realidad, en una situación de desigualdad entre ellos; podrán ser iguales ante la ley, pero no lo son en la realidad.

Esta desigualdad de hecho, esta constitucionalmente considerada en el artículo 9.2 de la Constitución Española, cuando instituye a los poderes públicos en la obligación de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea real y efectiva, lo que supone la admisión de que hoy no lo es: de ese reconocimiento surge la atribución a los poderes públicos de una función promocional encaminada a la plasmación de una igualdad real.”<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> **GARCÍA**, Joaquín. “Lección Nº 8: La cláusula general de igualdad”, en Luis López Guerra y otros (co-coord.), *Manuales de Derecho Constitucional (Volumen I): El ordenamiento constitucional, derechos y*

Si seguimos con la postura de Ferrafoli, para tratar la valoración jurídica de las diferencias, se deben brindar formulaciones normativas y garantías de efectividad.

García Morillo, ofrece dos alternativas para enfrentarse a estos sectores diferenciados: la acción positiva y la discriminación inversa. “La acción positiva: (...) consiste en desarrollar a favor de un determinado grupo actuaciones públicas que no perjudiquen a nadie, como pueden ser ayudas, subvenciones o desgravaciones fiscales”; y [...] la discriminación inversa, por el contrario, implica que, en determinadas circunstancias, se trata favorablemente a los integrantes de un grupo – por ejemplo, las mujeres o una minoría étnica – frente a otros – en el caso, los varones o el resto de la población-, o se reserva a los miembros de ese determinado grupo una cuota determinada, con preferencia a quienes no pertenezcan a él”.

Ante ello advertimos que el autor Díez-Picazo<sup>55</sup> refiere que el estado no ha legislado sobre uniones extramatrimoniales de hecho de manera integral, afirma que hay pronunciamientos en derecho laboral y seguridad social protectoras del conviviente para los casos de extinción de la unión. Agrega, que por Ley 2/1987 se les faculta la adopción como pareja integrada por hombre y mujer, y de otro lado, la Ley 29/1994 de arrendamientos urbanos, permite subrogar al conviviente fallecido, a la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario en manera permanente.

Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo añaden los autores que habría una tendencia para beneficiar al conviviente perjudicado por la ruptura unilateral y voluntaria a cargo de quien la origina, sustentada en el enriquecimiento injusto.

El derecho a la pensión de sobrevivencia de la mujer gitana, en unión no matrimonial, por el Tribunal Constitucional español, respecto al Matrimonio gitano, el cual se contrae sin mediar la ley civil, la autora María Martín<sup>56</sup> refiere a la situación de desprotección de la mujer, ante una viudedad, debido a que es el hombre quien trabaja fuera de la casa y normalmente el Tribunal

---

*deberes de los ciudadanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 9na Edición, 2013, p. 164.

<sup>55</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ob. cit. pp. 71-73.

<sup>56</sup> MARTÍN, María, op.cit, p. 10.

Constitucional solía denegarle la pensión de viudedad, al no existir matrimonio legal, según Sentencia STC del 16 de Abril del 2007.

No obstante, agrega la autora que al ser conducida la petición al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reconocido este derecho a la pensión, tras 29 años de convivencia con su pareja, calificando el STEDH del 8 de Diciembre del 2009, "...desproporcionado que el estado español, que había reconocido el estatus de familia numerosas, había provisto de cobertura sumaria a la familia de María Luisa y había recibido contribuciones a la seguridad social durante 19 años del marido, no reconociera el derecho de María luisa a percibir la pensión de viudedad."

En consecuencia podemos advertir que si bien la legislación y la doctrina señalan que la protección constitucional no es la misma para las parejas de hecho, en el caso de las personas que han convivido con los requisitos para la exigencia de una unión more uxorio, este derecho ha sido reconocido por el Tribunal Europeo.

## CAPÍTULO III: PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL ESTADO PERUANO

### 3.1. Concepto de familia

La familia tiene una multiplicidad de definiciones, podríamos hablar de una definición legal, política, sociológica, filosófica, antropológica, biológica, psicoanalítica por citar algunas. Sin embargo, podríamos concluir que existe un aspecto grupal, la organizacional y una vinculación que une a sus integrantes.

Tal como refiere Varsi<sup>57</sup>, La familia tiene una conformación, una estructura que rige la interrelación de sus integrantes quienes se encuentran vinculados por razones derivadas de actos jurídicos o de simple relación; la vida en común es el factor primordial, considerando que a través de la convivencia se comparten ideales, se complementan las aspiraciones y se satisfacen necesidades que, individualmente, resultan difíciles de conseguir.

Desde una concepción jurídica, Cornejo Chávez<sup>58</sup> define a la familia como:

- En un sentido restringido, como el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente solo los menores o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear, la cual puede restringirse aún más cuando los hijos conviven con uno solo de los padres.
- La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y
- La familia compuesta, que es la nuclear o la extendida, más una o más personas que no tienen parentesco con el jefe de la familia.

<sup>57</sup> VARSÍ, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia (Tomo II)*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, Primera Edición, 2011, pp. 13-14.

<sup>58</sup> CORNEJO, Héctor, *Derecho familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, Décima Edición, 1999, pp. 11 y 20.



### **3.2. La Familia como institución reconocida a nivel normativo**

El Estado Peruano, al igual que en la legislación comparada, se ha reconocido a la familia como una institución fundamental en nuestra sociedad; siendo ello así, es deber del Estado garantizar -con las políticas públicas que adopte- su protección, para lo cual se reconoce dicho deber a nivel normativo, e incluso, con rango constitucional, de tal forma que resulte exigible ante nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la Constitución Peruana, en su artículo 4, reconoce a la familia y refiere: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”

Por su parte, el Artículo 233° del Código Civil establece que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 346, Ley de Política Nacional de Población, en su artículo 2° señala que “el estado fortalece la familia como unidad básica de la sociedad, promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal. Ejecuta para ese efecto acciones que faciliten a las parejas la toma de conciencia sobre el valor y derechos de los hijos sobre su crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer, sobre el trato igualitario de ambos sexos como garantía de una mayor armonía y estabilidad en el desarrollo de la pareja, para fomentar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia.

De acuerdo al Plan Nacional de fortalecimiento a las familia 2016-2021, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2016-MIMP,<sup>59</sup> aprobado el 11 de marzo del 2016, define a las familias como “institución natural, se entienden en un

---

<sup>59</sup> MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES. Plan de Fortalecimiento a la familia, página 18, disponible en la página web: <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>. Revisada el día Fecha 25 de mayo del 2017.

sentido dinámico: como grupo social conformado por personas unidas con vínculo por consanguinidad, afinidad o adopción, que interactúan en función de su propia organización familiar para la atención de las necesidades básicas, económicas y sociales de sus integrantes.(...)Asimismo, es el primer espacio de transmisión de normas y valores que contribuyen a la formación de las identidades de sus integrantes.”

### **3.3. Promoción al matrimonio, reconocimiento del matrimonio como institución protegida por el Estado.**

La constitución ha previsto principios de protección al matrimonio, a la unión de hecho y el de igualdad de los hijos. Si bien no ha incorporado textualmente el de igualdad de cónyuges, por control de convencionalidad y en aplicación de convenios internacionales, este tendría que ser incorporado como tal.

#### **3.3.1 El matrimonio civil y sus requisitos.**

Nuestra legislación ha previsto entre los artículo 241° a 268° requisitos para la celebración del matrimonio, tales como aptitud física, como la diferencia de sexos, la edad de 18 años pero puede permitirse con autorización judicial a los 16 años, sanidad nupcial, para lo cual los contrayentes deben someterse a un examen de salud, libre consentimiento y señala como impedimentos absolutos a los adolescentes, los que adolezcan de enfermedad grave o transmisible por herencia, los que padecen de enfermedad mental, los sordomudos, ciego mudos que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable.

No obstante los adolescentes pueden contraer matrimonio a partir de los 16 años: Art. 113° Código de los Niños y Adolescentes.- El Juez especializado autoriza el matrimonio de adolescentes, de acuerdo al Artículo 46° del Código Civil.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial. La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio; edad que ha sido elevada por Ley N° 27201 en el año 1999, anteriormente fijada a los 14 años. Aunque debemos precisar que a los 14 años, se le otorga capacidad

para ejercer los siguientes actos: 1) Reconocer a sus hijos, 2) Demandar por gastos de embarazo y parto, 3) Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos; y, 4) Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

La Corte Interamericana en la Opinión consultiva 17-2002,<sup>60</sup> señala que...“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

Del análisis de la Sentencia Constitucional N° 507/04 de la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 25 de mayo de 2004, donde se debate sobre la edad mínima que debe tener una mujer para contraer matrimonio, si debe ser doce años, como lo establece el código civil de Colombia o debe ser catorce años, con la finalidad de otorgar una igualdad entre el varón y la mujer.

En tal sentido, se establecieron los siguientes puntos esenciales para el mejor resolver de la controversia:

1) El derecho al desarrollo libre, armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos; esto es, el libre desarrollo a nivel educativo, social y económico que le permita a la menor afrontar con madurez una etapa compleja como es el matrimonio. Para lo cual, se debe tener en cuenta que de conformidad a lo vigente por el código civil de Colombia, continuar con el acceso al matrimonio de mujeres de doce años, es restringir y limitar su derecho a la educación consagrado por el artículo 67° de la Constitución Colombiana, el cual menciona que la educación es “obligatoria entre los cinco y

<sup>60</sup> **INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Corte, Opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, condición jurídica y derechos humanos del niño (numeral 41), versión en español, disponible en pagina web [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consultada el día 25/06/2017.

los quince años de edad”, estando a ello, recortarle el tiempo mínimo para brindar el servicio de educación.

Asimismo, el derecho a la salud de la menor es de vital importancia dado que al establecerse como edad para contraer matrimonio a los doce años, la menor aún se encuentra en la etapa de la pubertad, dado que no se ha desarrollado en su totalidad, de igual manera no se esta apto para experimentar los cambios que se presentan en un embarazo prematuro.

Por otro lado, se tuvo en cuenta el interés superior del menor, ya que el matrimonio a temprana edad, impide a las niñas y niños la plena realización y desarrollo de sus actividades recreativas las cuales contribuyen al correcto desarrollo de su crecimiento natural como personas que deben pasar por todas las etapas de la vida, a fin de no interrumpir el tiempo mínimo que debe desarrollar cada persona.

2) El derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuada y necesaria para garantizar los derechos antes citados; al crear una visión y obligación a una menor casada que ahora debe asumir el rol de esposo y madre a una temprana edad puede resquebrajar su conducta emocional y mental, por lo cual es Estado debe intervenir a fin que no se vea vulnerado los derecho inherentes de las menores, ello son diferenciar entre el varón y la mujer con relación a la edad mínimo para contraer matrimonio, por lo cual el varón y la mujer deben gozar del mismo trato, debiéndose igualar entre ambos la edad mínima para contraer matrimonio a catorce años, para asegurar su desarrollo libre, armónico e integral y el pleno ejercicios de sus derechos.

3) El derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas, sí bien es cierto la referida Sentencia realiza el supuesto que una menor de catorce años, que se encuentre embarazada se le estaría retrasando en dos años su derecho de amparar el derecho de su hijo en caso que el padre no cumpla con su obligaciones alimenticias a favor del niño; asimismo, hace precisión que en el Estado Colombiano hace referencia que para la asegurar el cumplimiento de la progenitura responsable, ante una afectación o una amenaza a los derechos

fundamentales de un menor que no puede ser enfrentada (acceder directamente) judicialmente por los procedimientos contemplado en la ley (entendiéndose por los procesos ordinarios), podrá ser objeto de protección mediante una acción de tutela.

4) El derecho a conformar una familia y el derecho a la autonomía; la Corte Constitucional colombiana ha establecido que no se vería afectada el derecho de autonomía de la mujer adolescentes al incrementar la edad mínimo para contraer matrimonio de doce a catorce años, toda vez que la mujer adolescente tiene diversas manera sin llegar al matrimonio para establecer una vida de pareja o plantearse diversos proyectos de vida, por lo cual no se advierte una vulneración a este referido derecho; y,

5) El margen de configuración del legislador en materia de matrimonio, el cual versa sobre: i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido; siendo así, del análisis expuesto líneas arriba, la Corte Constitucional de Colombia, llego a la conclusión que no habría una justificación completamente válida para tal distinción entre las edades mínimas para contraer matrimonio entre el varón y la mujer, toda vez que el interés superior del menor, es lo que predomina ante cualquier situación en relación a los menores.

En tal sentido, que la norma sustantiva actual de Colombia tiene un alto grado de afectación al interés superior de la menor, presentándose así mayores argumentos para brindar una mejor protección de las niñas y niños, por lo cual la Corte Constitucional de Colombia, estableció que se debe entender el segundo párrafo del artículo 140° del Código Civil colombiano, que menciona las causales de nulidad del matrimonio, de la siguiente manera “Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor”, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella

edad, esto es, entendido de que la edad para la mujer es también de catorce años.

### **3.4. El reconocimiento de las relaciones de unión de hecho en Perú.**

Nuestra Constitución en su artículo 5º regula en forma expresa la protección a la unión de hecho o concubinato. La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

El profesor Aguilar <sup>61</sup>sostiene que la unión de hecho es: “una comunidad de vida, que significa convivencia entre un hombre y mujer compartiendo mesa y lecho”.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 326 del Código Civil, debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Unión sexual libre y voluntaria entre un varón y una mujer.
- b) Fines y deberes semejantes al matrimonio.
- c) Libre de impedimento matrimonial.
- d) Por lo menos dos años continuos de convivencia.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 06572-2006-PA/TC define a la unión de hecho, como aquel que comprende compartir habitación, lecho y techo; es decir, que las parejas de hecho lleven su vida tal como si fuesen cónyuges, compartiendo intimidad y vida sexual en un contexto de un fuerte lazo afectivo. Sostiene que las implicancias de ello se verán reflejadas en el desarrollo de la convivencia, que deberá basarse en un clima de fidelidad; excluyendo de la definición a los convivientes casados o que tengan otra unión de hecho.

---

<sup>61</sup> AGUILAR, Benjamín, “Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del tribunal constitucional”, *Revista Persona y familia*. N° 04, 2015, p. 13.

### **3.4.1. Derecho a la pensión de sobrevivencia en los integrantes de la unión de hecho**

Uno de los problemas que genera en la unión de hecho es el acceso a la pensión de viudez y así ha debido ser resuelto ante los Tribunales, inicialmente fue denegado este derecho, restringiendo solo a cónyuges y posteriormente ha sido a los integrantes de la unión de hecho.

Es preciso señalar que los Decretos Leyes 19990 y 20530, leyes de sistema previsional, fueron dictados para el sector público, en ellas se señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia a los viudos, en su condición de cónyuges de los causantes. Estas normas datan de la década de los setenta en la época de gobierno militar. Posterior a ello se dictarían las Constituciones de 1979 y 1993, en las cuales se reconoce la unión de hecho en el Código civil de 1984 y los pronunciamiento judiciales, que tendrían para su pronunciamiento el otorgamiento de pensión de sobrevivencia a los integrantes de una unión de hecho reconocida notarial o judicialmente.

Efectos de la petición del derecho a la pensión de viudez para personas en convivencias en el régimen peruano. El reconocimiento de la pensión de viudez o sobrevivencia, para las mujeres que forman parte de una unión de hecho significaban un restricción a este derecho y así hasta el año 2005 el Tribunal Constitucional solía denegar el derecho a la pensión, sosteniendo que no es posible brindar un trato similar al matrimonio y la unión de hecho, así en el Expediente N° 3605-05 AA- TC, del 8 de Marzo del 2007, señalaba que "...la pensión de sobrevivientes incluye solamente a cónyuges, sin mencionar de manera directa a los convivientes, es decir, de forma tácita, se los ha excluido de la capacidad de ser beneficiarios en materia pensionaria". Es preciso señalar que las normas que otorgan pensión de viudez, Decretos Leyes N°19990 y N°20530 se expidieron en el año 1974, anteriores a la expedición de la Constitución de 1979 y las cuales solo incorporan a la cónyuge como beneficiaria a la pensión de sobrevivencia.

Por ello veremos en estas 3 sentencias la progresión de su reconocimiento, en la primera se deniega y en las posteriores se ampara la pretensión de la pensión de viudez. Peticiones posteriores significaron la

expedición del fallo aprobatorio, en el Expediente N° 6572-06-AA/TC, de fecha 6 de Noviembre del año 2007 y merece señalar que el amparo sería similar al español al referir lo siguiente: “31. La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción – o al menos haciéndola más difícil en el mercado laboral-. Como conclusión se declaró Fundada, ordenando a la ONP (Oficina de Normalización Previsional), que se le abone la pensión de viudez a doña Janet Rosas.

Una sentencia posterior la demandante habiendo obtenido una sentencia declaración judicial de unión de hecho, solicita al Juzgado civil se le expida el derecho a la pensión de viudez, y es declarada Fundada, al ser apelada por el procurador, se revoca y se declara Infundada sosteniendo que el derecho solo es para cónyuges, al acudir al Tribunal Constitucional, en el Expediente 9708-06 PA/TC, del 11 de enero del 2007, se pronuncia declarando Fundada la demanda, argumentando que tanto el artículo 5° de la Constitución como el artículo 326° del Código civil, reconocen la unión de hecho la cual da lugar a la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales y además la pareja se comporta como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes al matrimonio y siendo Mario C. quien tenía a su cargo el mantenimiento del hogar a su fallecimiento, a Sofía le corresponde la pensión por tener la calidad de bien que otorga la sociedad de gananciales y sirve para sustento de la familia.

#### **3.4.2. Otras medidas de protección a favor de los integrantes de la unión de hecho.**

Las uniones de hecho han significado parte de la realidad social y si bien el reconocimiento generalmente se otorga a la muerte del otro integrante, a



efectos sucesorios y previsionales, la legislación nacional ha considerado reconocerle otros derechos como los siguientes:

- Ley N° 26790: Seguro de salud, tanto a nivel público y privado concede este derecho al conviviente como asegurado. Para ello se requiere que el titular lo registre en esa condición.
- D.S. N° 002-98-AG: Seguro de salud agrario, cobertura de salud a los trabajadores del sector agrario.
- D.S.N° 054-97-EF: Texto único de ley de administración de fondo de pensiones, se otorga a los integrantes de la unión de hecho conforme lo establece el artículo 326° del Código civil.
- D.S. N° 01-97-TR: Compensación por tiempo de servicios, al tener la calidad de bien común y al tener más de 2 años de convivencia y el reconocimiento notarial o judicial.
- Ley N° 30311 que permite la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono, por parte de las parejas que conforman una unión de hecho.

### **3.5. Del derecho a la igualdad entre cónyuges y la prohibición de discriminar por orientación sexual**

En la Legislación Peruana aún no se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo a diferencia de la Legislación Española y otras como Holanda, Bélgica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Luxemburgo, Finlandia, Irlanda, Canadá, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Argentina, Brasil, Uruguay, Estados Unidos, Puerto Rico, México, Colombia, Taiwan.

Si bien en Perú se presentaron propuestas legislativas éstas fueron denegadas; Castro<sup>62</sup> nos refiere algunas de ellas:

---

<sup>62</sup> CASTRO, Fátima, *Análisis legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho*, Fondo editorial Academia de la Magistratura, Lima, 1ª edición, 2014, p.220 -227.

- Proyecto de Ley N° 2647/2013 de Unión Civil No Matrimonial, propone la la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo con el fin de establecer y garantizar derechos y deberes, el uno para el otro. Con tal finalidad se inscribe la declaración en el registro personal y se les denominarán compañeros civiles, establecen como derechos y deberes: la formación de una sociedad de gananciales visitas a hospitales, visitas íntimas, recibir alimentos, derecho de habitación, adquisición de la nacionalidad peruana, tener cobertura familiar y el cambio del estado civil. También recibirán protección contra la violencia familia y otros beneficios de promoción social que puede brindar el estado, especialmente programas de vivienda. Se establecen impedimentos, causales de disolución, procedimiento de disolución, causales de nulidad, y hasta celebración de contratos.

La crítica en este caso, corresponde a que sería una copia del modelo español, el que permite contratos y compensaciones económicas para las uniones de hecho, refiriendo que se ha debido sincerar la propuesta y definirla como una de matrimonio homosexual.

- Proyecto de Ley N° 3273/2013/-CR que propone la Ley del Régimen de Sociedad de Solidaridad, el cual pretendía crear el acuerdo de voluntades entre dos persona mayores de edad que hacen vida en común con el objeto de asistirse, apoyarse y que origina derechos patrimoniales. No altera el estado civil ni la relación de parentesco de los integrantes. Se constituiría por escritura pública y se inscribiría en el registro personal.

Para Castro, este modelo se inspira en el Pacto de Solidaridad Francés que sin interesar el tema de la relación sexual, otorgó derechos a las personas que se prestaran ayuda mutuamente. La propuesta contribuye a que la sociedad tenga derechos sucesorios similares a los de la unión de hecho, siempre que haya dos años de inscripción en el registro. De acuerdo a la crítica se podría beneficiar a las personas del mismo sexo.

- Proyecto de Ley N° 2801/2013-CR propone crear la institución denominada atención mutua, pretende reconocer el acuerdo de voluntades entre dos personas con la finalidad de establecer y reconocer derechos patrimoniales, sean estos de carácter pensionario o hereditario, e inclusive, contra con el derecho a decidir para el inicio de tratamiento quirúrgicos de emergencia. La formalización sería por Escritura Pública y su inscripción en Registros Públicos. Para Castro, este Proyecto, elimina la connotación sexual y tiene como beneficiarios a las personas que se han constituido como unidad cuasi familiar basada en la socio afectividad, porque en sentido contrario aparecen herederos cuando esta próxima a morir, no habiendo tenido interés en ella cuando estuvo en vida.
- El Proyecto de Ley N°718-2016/CR que establece La Unión Civil, propone diversas razones para que las personas del mismo sexo puedan entablar un vínculo que les permita salvaguardar tanto sus derechos económicos como sus derechos constitucionales y humanos. Esta unión es distinta al matrimonio y a la unión de hecho, propone entre otros, que quienes la integren constituyan una familia y se denominen compañeros o compañeras civiles. El proyecto no contempla la adopción de niños y no será obligatorio que quienes contraigan la unión civil cambien de estado civil en el Documento Nacional de Identidad (DNI).

Respecto el último proyecto mencionado(2016), el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha señalado que la adopción de la unión civil no es sino la institucionalización de una proyección del derecho al libre desarrollo de la personalidad como ejercicio de la autonomía que tiene estrecha vinculación con el derecho/principio la dignidad humana, reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política”, menciona el documento.

Cabe indicar que, el proyecto señala que la unión civil tendría informes favorables de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público. Además, indica que la violencia contra las personas LGBTI en el Perú es un problema que se busca combatir visibilizando y permitiendo a las personas construir "un propio proyecto de vida".

Ahora, si bien los Proyectos de Ley aún están en discusión ante el Parlamento Nacional, nos parecer acertado comentar una sentencia expedida por un Juez Constitucional que ampara el pedido de inscripción en el Registro Civil de un matrimonio celebrado en México entre homosexuales.

La sentencia del expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08, expedida con fecha 21 de diciembre del 2016 por el 7° Juzgado Constitucional, proceso en el cual el ciudadano peruano Oscar Ugarteche Galarza interpuso demanda de Acción de Amparo<sup>63</sup> teniendo como pretensión el reconocimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de su matrimonio celebrado en México, con el ciudadano Fidel Aroche Reyes por haber sido declarada improcedente su solicitud de inscripción del Acta de Matrimonio por el ente administrativo, instancia que sostuvo que el matrimonio, conforme con el Código Civil de 1984, exige como elementos estructurales la diversidad de sexo y responsabilidad entre los contrayentes.

La sentencia resulta ilustrativa porque se sustenta en la Constitución Política, específicamente, en los artículos que refieren a la dignidad de la persona, su libre desarrollo y bienestar, igualdad ante la ley, a la intimidad personal y familiar; asimismo, sustenta su decisión sobre la base de Tratados Internacionales vinculantes para el Estado Peruano. En ese sentido, alude a los artículos 2° y 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23°, numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destaca el caso *Toonen contra Australia*, en el cual, la ONU en el año 1994, por primera vez, se posicionó respecto a los derechos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales -LGTB- indicando que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

Asimismo, dicha jurisprudencia señala antecedentes para el reconocimiento de matrimonios homosexuales. En ese sentido, precisa que dicho reconocimiento tuvo lugar desde el año 2001 en los Países Bajos,

---

<sup>63</sup> Cabe mencionar que el objeto de un Proceso Constitucional de Amparo es el de reponer las cosas al estado anterior a la afectación de un derecho constitucional mediante hechos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado.

Bélgica el año 2003, España y Canadá el 2005, Argentina en el año 2010, Francia desde el 2013, entre otros.

También, recuerda la diferencia entre los conceptos de *diferenciación* y *discriminación* que fuera analizada e incorporada por el Tribunal Constitucional Peruano en el expediente N° 2835-2010-PA/TC de fecha 13 de diciembre de 2011; en su fundamento 41, señala que, *“la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonable. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable”*. Así, en base a los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional concluye que la denegación de reconocimiento es discriminatorio; por lo cual, se declara fundada la demanda y se ordena al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero por el demandante.

A efecto de considerar la postura del Tribunal Constitucional, es conveniente recordar que ha tenido diversas posturas sobre temas de identidad de género, así en la sentencia del expediente N° 139-2013-PA/TC denegó el cambio de sexo en su documento de identidad, al sostener que el sexo era parte inmutable y la transexualidad era un trastorno o patología; no obstante, recientemente en el fallo del expediente N° 6040-2015, de fecha 21 de octubre del 2016, se aparta de esta doctrina constitucional y reconoce un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad de la persona", agregando "la realidad biológica no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo", pues debe comprender también las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia". Entre otros agrega que una modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectación al interés público, no interfiere en la función registral y no afecta el derecho de sucesión o las relaciones laborales ni la justicia penal".

- **Respecto al Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Schalk and Kopf vs. Austria*)**

En el caso *Schalk and Kopf vs. Austria* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia excluyendo del matrimonio a dos personas del mismo sexo, al señalar que no es discriminatorio en los términos del artículo 14° interpretado conjuntamente con el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) el negar el acceso al matrimonio de dos personas del mismo sexo; no obstante reconoce la unión de personas del mismo sexo configuran “vida familiar”, en los términos del artículo 8<sup>64°</sup> del CEDH.

En este sentido, Almeida<sup>65</sup> refiere que si bien el Tribunal Europeo ha dado muestras comprensivas relativas a la causa homosexual, en materia laboral, patria potestad, alquiler, adopción, las deniega a efecto de conceder el estatuto matrimonial a los homosexuales al amparo del Convenio Europeo.

Por otro lado, Nanclares<sup>66</sup> precisa que, “la consecuencia lógica del reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo como vida familiar debería ser que las relaciones afectivas estrechas basadas en la convivencia y mutua ayuda entre dichas personas no pudieran ser hoy preteridas por el legislador estatal, pues ello impediría el ejercicio del derecho a la vida familiar, constituyendo un obstáculo al libre desarrollo de su personalidad y afectando a la propia dignidad de la persona que, junto a su libertad, constituye «la esencia misma del Convenio» (asunto I. v. Reino Unido, párrafo 72)”.

Asimismo, dicho autor apunta que dicho planteamiento fue recogido ya por el Tribunal Constitucional Italiano, de cuya sentencia 138/2010, de 15 de abril se desprende que “un país como Italia, que no prevé ningún tipo de reconocimiento legal expreso para dichas uniones, podría estar vulnerando con tal omisión los derechos fundamentales de estas personas. En concreto, el derecho fundamental a vivir libremente en pareja, como manifestación del

---

<sup>64</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 8° Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

<sup>65</sup> ALMEIDA, Susana, op. Cit. Páginas 8-9

<sup>66</sup> NANCLARES, Javier, “La Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 741, año 2014, pp.33-34.

derecho a integrarse en aquellas formaciones sociales a través de las cuales el sujeto desarrolla su personalidad (art. 2 de la Constitución Italiana).

Entre esas formaciones se encuentra, destacadamente, la familia, si bien el Tribunal Constitucional Italiano se cuida de incluir a dicho tipo de uniones dentro del concepto de familia. Pese a ello, entiende que la unión de personas del mismo sexo sí que encajaría en la noción de «formación social», lo que daría a sus integrantes el derecho a obtener «—en los tiempos, en la forma y con los límites establecidos por la ley— el reconocimiento jurídico con los derechos y deberes conexos», correspondiendo al Parlamento concretar la forma de garantía y reconocimiento de dichas uniones”. En esa lógica, concluye Nanclares que, “la solución lógica a la que conduciría el planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Schalk and Kopf sería entender que para evitar la discriminación de los integrantes de parejas homosexuales frente a las heterosexuales en el ejercicio de su derecho a la vida familiar, cada Estado estará obligado a establecer los mecanismos legales necesarios para dar efectividad a ese derecho”.

En cuanto a las conclusiones arribadas por Nanclares en relación a este caso concordamos en que mediante dicha sentencia se reinterpreta el artículo 12° del CEDH para dar cabida en él al matrimonio entre personas del mismo sexo.

## **CAPITULO IV: EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO**

Como hemos visto en nuestros acápites anteriores existe una preocupación latente de parte de los Estados de proveer de garantías a la familia de tal forma que se encuentre revestida de una adecuada protección, para lo cual consideramos fundamental partir del derecho constitucional para darle contenido al concepto de familia de tal manera que se pueda efectivizar la protección de los derechos fundamentales a los miembros de la misma.

Así, nuestra propuesta pugna por lograr esa garantía de protección a la familia a partir del revestimiento de elementos constitucionales al concepto de familia. Para tales efectos, primero haremos una breve reseña sobre la evolución del concepto de familia que se dado en la propia Constitución, para luego pasar al estado actual de la cuestión, esto es, cuál es el concepto de familia que actualmente se viene manejando a nivel constitucional (reflejado básicamente en diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional) y cuáles son los retos pendientes que deben ser trabajados a partir de las políticas públicas.

### **4.1. Evolución del concepto de familia en la Constitución Peruana**

El término familia<sup>67</sup> tiene un origen etimológico incierto. Según una primera teoría, la palabra familia procedería del sánscrito, idioma de la lengua indoeuropea similar al latín y al griego en Europa. Algunos refieren su relación a los vocablos *dhá* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada) designando la casa doméstica. Otros en la raíz *vama*, hogar o habitación comprendiendo a todos los sujetos que compartían un mismo techo.

Quienes sostienen el origen itálico alegan que en su naturaleza está la voz latina *fames*, hambre, como referencia que es en la familia donde se

---

<sup>67</sup>VARSI, Enrique, op. cit, pp. 11-13.



satisface esta necesidad fundamental. Pero la teoría que merece mayores seguidores explica que familia procede de la voz *famulia*, derivada de la raíz latina clásica *famulus* que deviene de *famel* (idioma de los Oscos) referido al sirviente o esclavo, considerándose a este término a todos los que viven con el señor de la casa. Entonces, *famulus* es el esclavo doméstico y familia es el conjunto de esclavos pertenecientes a un hombre.

La voz familia como tal la encontramos en la organización original romana y con el tiempo fue rediseñándose<sup>68</sup>:

*Familia iure proprio*, la familia romana era regida por el *pater familias* que, como jefe, sacerdote y juez tenía la plena disposición sobre los bienes y las personas sobre bajo su autoridad (*vitae necisque potestas*, poder de la vida y de la muerte , una suerte de derecho *ius vitae ac necis*). Era una familia jerarquizada, la familia se estableció en un padrón social de intereses dominantes, siendo de importancia, solo los intereses del *pater familias*.

*Familia iure comuni*, con el tiempo se sumaron a la familia otros integrantes, más estrechamente vinculados al *pater*, presentándose como una institución más natural, como “el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.”

El *pater* era líder político, sacerdote y juez en su casa. Ejercía poder sobre su mujer, hijos, sus mujeres y esclavos. Su mujer estaba completamente sujeta a su autoridad pudiendo ser repudiada por mera voluntad y nunca adquiría un régimen de autonomía, consierándose que había pasado de la situación de hija a mujer. La familia era una suerte de unidad económica, religiosa, política y jurisdiccional.

En la familia romana, los vínculos jurídicos y de sangre tenían más importancia que los lazos de afecto y de atracción personal. Se observó la falta de afecto en el matrimonio, no había *affectio maritalis*, cuyo logro estaba sujeto a la propiedad. Los lazos conyugales se circunscribían principalmente al carácter económico y no eran basados en el afecto. Con el tiempo la familia

---

<sup>68</sup>VARSI , Enrique, op. cit, pp 14 y 31.

romana fue evolucionando, esta evolución fue en el sentido de restringir progresivamente la autoridad del *pater* dando mayor autonomía a las mujeres y los hijos, sustituyéndose el parentesco agnaticio por cognaticio.

#### **4.1.1. El concepto de familia en la Constitución**

- **Constitución de 1979**

En la constitución de 1979 el artículo 5, determina a la familia como institución natural y fundamental del Estado:

“Artículo 5.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.”

La constitución del año 1979 reconoce a la igualdad de varón y mujer, de los derechos entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y la incorporación de la unión de hecho; el código introdujo algunos cambios relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio, pero siguió sujeto a una concepción de la familia matrimonial. En la Constitución de 1979 matrimonio y familia aparecen vinculados, la unión de hecho no es fuente generadora de una familia, es productora de puros efectos patrimoniales. la diferencia entre matrimonio y unión de hecho estaba referida al reconocimiento de efectos. Todos los efectos dispensados por el principio de protección de la familia solo fueron reconocidos a los casados; mientras que a los convivientes, únicamente efectos patrimoniales<sup>69</sup>.

- **Constitución de 1993**

“Protección a la familia. Promoción del matrimonio

---

<sup>69</sup>VEGA, Yuri, Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Gaceta Jurídica, Lima, Primera Edición, 2011, pp. 119-120

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

En la Constitución de 1993, el concepto de familia y matrimonio se encuentran desvinculados, aunque la familia que se protege es principalmente aquella que nace de un matrimonio, no es la única fuente. La unión de hecho también es fuente generadora de familia, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, extendiéndose el mandato de protección constitucional a la familia nacida de la unión de hecho<sup>70</sup>.

#### **4.2. Concepto de familia para el Tribunal Constitucional de Perú**

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC del 6 de febrero del 2008, en el Caso Shols Pérez, ha definido que desde una perspectiva constitucional, la familia al ser un instituto natural se encuentra sujeta a los nuevos contextos y cambios sociales y jurídicos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio, ha significado cambio en la estructura tradicional nuclear incluyendo otras como las surgidas de la unión de hecho, monoparentales o las reconstituidas, las que se constituyen a partir de la viudez o divorcio y define a la familia ensamblada, como aquella estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de un pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de una relación previa.

Otros pronunciamientos son referidos por Cuzma <sup>71</sup> como el expediente N° 02478-2008-PA/TC de fecha 11 de mayo del 2009, siendo la pretensión se revoque el nombramiento de Alberto Mendoza como presidente de la Junta de padres de familia, por ser persona ajena a la APAFA. El Tribunal sostuvo que

---

<sup>70</sup>**PLÁCIDO**, Alex, “El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”, *Derecho PUCP-Revista de la Facultad de Derecho*, N°01, 2013, pp.12-15. Pagina web: [http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/El\\_modelo\\_de\\_familia\\_garantizado\\_en\\_la\\_Constitución\\_de\\_1993.pdf](http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/El_modelo_de_familia_garantizado_en_la_Constitución_de_1993.pdf) .  
Revisado 29 de Junio 2017

<sup>71</sup> **CUZMA** , Gissele. *Familias ensambladas*. Guy editores S.R.L. Lima 2013, pp. 55-62

Alberto Mendoza es apoderado de los menores estudiantes y si bien no son sus hijos biológicos, son de su conviviente y por ello puede ocupar el cargo en la institución educativa y reitera el concepto de familia ensamblada como “aquella estructura familiar que surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

De acuerdo a estos pronunciamientos, refiere que el Tribunal reconoce el deber del estado de proteger a la familia, en las diversas estructuras familiares como son las familias ensambladas y que se ha establecido la igualdad de hijos en el trato que debe existir entre hijos comunes e hijo afín en el caso de ingreso al club social y en el segundo las facultades del padre de afín de actuar como apoderado ante la institución educativa, más aun si cuida, educa y asume necesidades económicas de hijos afines.

En la sentencia del Exp. N° 4493-2008-PA/TC el Tribunal reitero que si bien no hay regulación jurídica de familia ensamblada, señala que para referirse a padre afín debe de cumplirse algunos supuestos de hechos como el de habitar y compartir vida familiar con estabilidad, publicidad y reconocimiento, es decir reconocerse una identidad familiar autónoma.

#### **4.3. Sujetos protegidos en el contenido de concepto de familia**

En los casos anteriores de las familias ensambladas o reconstituidas habríamos advertido que el Tribunal Constitucional extiende la protección de los cónyuges, hijos, a los hijos afines.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02904 2011-PA/PC Arequipa Felipe Humberto Aguirre Frisancho, acude en derecho propio y como curador de Luis Humberto Y Juan Carlos Aguirre Frisancho, alega transgresión al derecho al trabajo, a la vida, a la protección a la familia y a la dignidad.

En este caso se trataba de un trabajador que habría sido despedido en el contexto de reducción o ceses colectivos y que el trabajador habría logrado su reposición; y si bien la unidades receptoras solían mostrar que no habría

plazas disponibles para su ejecución, en el caso de autos el demandante obtuvo en medida cautelar su puesto de trabajo en el mismo cargo antes desempeñado y si bien ello no es el contenido del derecho que pretendemos sostener si contribuye a su adopción.

La emplazada insistía en la rotación del trabajador a un lugar distinto de su vivienda y su familia, en la que no solo depende su esposa e hijos sino dos de sus hermanos discapacitados.

El Tribunal invoca la protección al artículo 4º de la constitución, del 7º protección al discapacitado y se consagra el derecho a protección del medio familiar, en concordancia con el art. 18º del Pacto de derechos económicos sociales y culturales.

Para el Tribunal “el traslado del demandante a un lugar distinto al de su residencia afectaría de forma directa a sus dos hermanos discapacitados, los cuales son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto eso implicaría alejarlos de su lugar habitual, o en el caso que el demandante opte por dejarles en la ciudad de Arequipa, esto conllevaría a que el demandante no cumpla con las obligaciones contenidas en el artículo 576º del código civil, el cual precisa las obligaciones del curador, no teniendo en cuenta al emplazada que estos gozan de una protección especial ante medida de esta naturaleza.”

Con este proceso advertimos el contenido de la unidad familiar el cual es señalado por el Tribunal desde la protección a la familia se extiende en este caso no sólo a la cónyuge e hijos sino además de los hermanos del demandante , quienes adolecen de incapacidad absoluta, lo que constituye una garantía para el desarrollo de una persona discapacitada.

Otro pronunciamiento importante emitido por el Tribunal Constitucional ha sido el recaído en el Expediente N ° 02744 2015-PA/TC, caso Jesús De Mesquita Oliviera y Otros, expidió sentencia con fecha 8 de noviembre 2016.

En este caso se señala sobre la protección constitucional de los migrantes y en especial si se trata de una persona indocumentada o en situación irregular, si hubo transgresión al debido proceso en el procedimiento

sancionador y si a consecuencia de ello se vulneró el derecho a la protección a la familia.

La sanción en el procedimiento disciplinario a Jesús de Mesquita Oliviera, de nacionalidad brasileña, dispone su inmediata salida obligatoria del país, el impedimento de ingreso al territorio nacional sin precisar límite temporal; por ello el demandante solicita se le permita permanecer en territorio peruano junto a su familia, alega la vulneración de los derechos constitucionales a la protección a la familia, unidad familiar, al matrimonio, interés superior del niño, al debido proceso y de defensa, así como la imposibilidad de cumplir con el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, para ello invoca que no habría considerado que tiene una hija de nacionalidad peruana menor de edad, ni que contrajo nupcias con doña Sherley Bocangel .

El Tribunal en su numeral 34 señala que “ En el ámbito específico de los niños cuyos padres tengan la condición de migrantes en situación irregular, es posible identificar dos intereses en conflicto: por un lado, la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y, por otro, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia con el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible. En consecuencia, corresponde al Estado garantizar un ejercicio legítimo y compatible de ambos bienes jurídicos, a partir de una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo que corresponderá determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.”

El Tribunal considera que en este caso la sanción de salida obligatoria, con el impedimento de ingreso al país sin definir límite temporal alguno, significaría un alejamiento entre la menor, su madre y su padre produciría una distancia irreparable entre la menor de iniciales y esta separación física de los miembros de esta familia es una barrera que se opone al carácter excepcional

y temporal que debe regir toda medida relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia. Más aun si no se valoró la historia migratoria, ni la extensión de los lazos del recurrente y/o de su familia con el país receptor, ni la opinión de la niña, ni la afectación que podría generar la ruptura familiar por la salida obligatoria con impedimento de ingreso de su padre.

Aun cuando la existencia de estos vínculos familiares no puede configurar per se el derecho del recurrente a una permanencia legal y automática en el país, tampoco resulta constitucionalmente legítimo que la autoridad migratoria haya prescindido, e su valoración, al momento de evaluar la situación migratoria del e, por lo que corresponde estimar la demanda en este extremo. En todo caso, y teniendo en cuenta que la estimación de la presente demanda no concede al recurrente el derecho a una permanencia legal y automática en el país, sino que vincula a la demandada a valorar las condiciones especiales mencionadas con el fin de proteger los principios y derechos constitucionales aludidos (derecho de protección a la familia e interés superior del niño), una vez que el accionante retome los trámites administrativos para regularizar su situación migratoria, corresponderá a la autoridad migratoria recabar la documentación pertinente e idónea sobre los antecedentes y la situación jurídica del recurrente, para posteriormente efectuar una valoración conjunta de tales circunstancias y proceder a definir su situación migratoria.

El Tribunal sostiene que en las decisiones que afecten la separación del niño de sus padres y familia, por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño, habiéndose omitido en este caso valorar las circunstancias de los padres o familiares del menor, la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor, el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, así como la opinión y participación del menor, dado que se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura.

Es pertinente en este caso referirnos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia de agrupación familiar referida por la autora Martin<sup>72</sup>, en el contexto de las crisis económica, conflictos o guerras ha contribuido a la separación de las familias y el Tribunal ha debatido sobre el equilibrio entre los intereses colectivos, de “mantener el control de inmigración y los intereses de los demandantes a la reagrupación familiar” y se ha pronunciado que en aplicación de la Directiva 2003/86/CE, los estados deben permitir la entrada en su territorio a los familiares de inmigrantes y con ello reconocer el derecho fundamental a la vida familiar.

Entre las conclusiones agrega la autora que si el estado permite el ingreso a persona extranjera y le concede la residencia tiene que garantizarle los mismos derechos y libertades que a los ciudadanos de origen y agrega que toda persona que ingresa va a pretender reunir a su familia.

La autora refiere además que el Tribunal valora algunos criterios como la edad, lengua, condiciones del menor en país de origen para conceder o no la unión de la familia y precisa que la tendencia no es la del beneficio a la reagrupación, sino que debe respetarse cuando se obstaculiza en la vida familiar en el lugar de origen; y tratándose de integración de la familia en el país de recepción forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar como criterio para sustentar derecho de reagrupación familiar en el estado que concedió la acogida.

De acuerdo a este criterio podríamos señalar que la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, se pronuncia sobre un inmigrante a quien en un proceso disciplinario disponen la salida del país, sin permitirle el retorno a pesar de tener una hija y su esposa, por lo que se pronuncia sobre la transgresión del debido proceso administrativo en el que se omitieron algunas actuaciones y en especial no haber considerado la ruptura familia que ello significaría y en consecuencia parte del contenido del derecho a la familia.

---

<sup>72</sup> **MARTIN**, Araceli, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de reagrupación familiar.” *Revista AequAlitas Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 38, 2015, pp. 20-28



## **Relación de padres e hijos aunque no vivan juntos. Derecho a tener una familia, el acceso a las visitas del padre y mantener el vínculo padre madre e hijos**

En el EXP. N.º 00005-2011- proceso de habeas corpus , con fecha 25 mayo de 2011, el Tribunal declara improcedente un habeas corpus referido a la ejecución de un acta de conciliación de régimen de visitas, no obstante a efectos de contribuir al desarrollo del contenido de la protección a la familia , es importante que la pretensión radica en la vulneración de los derechos de la menor a la libertad personal, a tener una familia y no ser separada de ella, al desarrollo armónico e integral en un ambiente de afecto y de seguridad moral material con su padre, y del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Sin embargo, en su parte considerativa el Tribunal sostiene que “en determinados casos la negativa de uno de los padres de dejar ver a sus hijos puede constituir un acto violatorio de los derechos de tener una familia, crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral e incluso integridad personal, entre otros. A su vez, en el caso que se hayan desbordado las posibilidades de respuesta de la justicia ordinaria, puede acudir a la justicia constitucional (STC N.º 02892-2010-PHC/TC, STC N.º 01817-2009-PHC/TC), dejando en claro que se trata de supuestos excepcionales que se hacen por manifiesta vulneración de derechos reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución, en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 9.1, 9.3, en el Código de los Niños y Adolescentes, artículo 8º, y en la Declaración de los Derechos del Niño, Principio 6, entre otros, todo ello sólo en virtud de dilucidar si el emplazado ha atentado los derechos del favorecido, no procediendo acudir al hábeas corpus para dilucidar temas de familia, ni utilizar este proceso como un mecanismo ordinario de ejecución, pues de lo contrario, siendo una materia que evidentemente no compete al juez constitucional sino al juez ordinario, excedería el objeto del proceso constitucional del hábeas corpus....”

En este caso si bien no se pronuncia sobre el fondo por ser competencia del juzgado especializado, si señala que el contacto o ejercicio del régimen de

visita por el padre a sus hijos es materia de la protección al contenido de la familia.

#### **4.4. Principios – Derechos rectores del concepto de familia**

Carrasco y Ureña<sup>73</sup> señalan que la Constitución española ordena a los poderes públicos a que protejan social, económica y jurídicamente a la familia, sin hacer distinción alguna respecto a que sus miembros estén casados o formen una pareja more uxorio, sin que ello signifique una equiparación entre ambos grupos familiares.

En este contexto queremos presentar algunos casos del Tribunal Constitucional Peruano en los que se podría advertir la exigencia de protección a la familia a los poderes públicos, presentando entre ellos la exigencia de ingreso a un club social de los hijos de los cónyuges de una familia emplazada, en el siguiente exige a una asociación educativa la participación de un padre afín en la protección del derecho a la educación como parte de la formación de los hijos, asimismo el pronunciamiento sobre el derecho de alimentos que debiera existir entre hijos biológicos e hijos afines.

Asimismo presentamos el derecho a visitas del hijo que no vive con el padre o la madre, como parte del contenido de protección, la unidad de la familia desarrollada en caso que uno de sus integrantes sea responsable de cónyuge e hijos, así como de hermanos en su calidad de curador; el disfrute de la vida en familia manteniendo la vida en familia ante la eventualidad de una separación de niño y padre en aplicación de política migratoria y finalmente las visitas íntimas a una persona privada de libertad, como parte del derecho al desarrollo de la personalidad.

##### **4.4.1. Principio de Igualdad**

##### **Relaciones de padre e hijos afines en relación de matrimonio y el principio de igualdad**

---

<sup>73</sup> CARRASCO, Angel y UREÑA, Magdalena, op. cit. p. 22.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 23332-2006 Schols Pèrez, se pronuncia en el extremo que en las familias ensamblada surge a consecuencia de un nuevo compromiso y se define como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual una o ambos de sus integrante tiene hijos de una relación previa.”

La sentencia señala sobre el parentesco que surge en esta nueva familia y hace expresa referencia al parentesco por afinidad que surge entre el padrastro y madrastra con los hijastros, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante mediar la patria potestad de los padres biológicos.

En esta sentencia el Tribunal desarrolla las características de la relación de padre e hijo afín, como las “habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento y reconoce una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín”, lo que no va a significar la pérdida de la patria potestad del padre biológico.

En este caso la controversia surge al exigirse a un club social al que pertenece el padre se le extienda un carnet de socia a la hija afín y la institución le expide uno en su calidad de pase de invitada, a la madre le significa un acto de trasgresión al principio de igualdad entre su hija de anterior compromiso y el hijo biológico de su nuevo matrimonio, al que pertenece su cónyuge.

El Tribunal ampara esta petición y sostiene que el artículo 6° de la constitución establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos y señala “la tutela especial que merece la familia más aún si se trata de familias reconstituidas en donde la identidad familiar es más frágil debido a las circunstancias en que aparecen la diferenciación entre hijastros e hijos deviene en arbitraria”, se declara Infundada la demanda y se ordena a la demandada que no realice actos de distinción entre el trato que reciben los hijos del demandante y su hijastra.

En este caso debemos señalar que si bien las partes no ofrecen medios probatorios que acrediten la trasgresión del principio de igualdad, el Tribunal acepta como prueba el hecho que la propia entidad emplazada reconozca que de acuerdo a sus estatutos le corresponde un carnet en su condición de socio invitada, lo que a criterio de esta no limitaba su ingreso al centro de esparcimiento.

Ahora bien en este caso el Tribunal se pronuncia sobre el ingreso a un club social, en la que los integrantes de este nuevo núcleo familiar exigen protección a la institución de la familia, conforme lo dispone el artículo 4º de la constitución que obliga al estado y la sociedad proteger a la familia.

Asimismo se invoca la igualdad de los hijos en caso de la familia ensamblada o reconstituida, para acceso al disfrute de la vida familiar, entre el hijo habido en el matrimonio actual, así como la hija del cónyuge de una relación previa.

### **Padres e hijos afines en relación de unión de hecho, en aplicación de deberes y derechos personales.**

Un caso similar es el referido por Cuzma <sup>74</sup> en el expediente N° 02478-2008-PA/TC de fecha 11 de mayo del 2009, siendo la pretensión se revoque el nombramiento de Alberto Mendoza como presidente de la Junta de padres de familia, por ser persona ajena a la Asociación de padres de familia. El Tribunal sostuvo que Alberto Mendoza es apoderado de los menores estudiantes y si bien no son sus hijos biológicos, son de su conviviente y por ello puede ocupar el cargo en la institución educativa y reitera el concepto de familia ensamblada como “aquella estructura familiar que surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

En este caso se trata de una familia reconstituida en la que se acredita que el padre afín de los hijos de su conviviente, es apoderado de los menores y asume la educación y por ello pretende asumir el cargo en la institución que contribuye a la formación de los alumnos en etapa escolar.

---

<sup>74</sup> Cuzma Cáceres, Gissele. *Familias ensambladas*. Guy editores S.R.L. Lima 2013. Páginas 55-62

De acuerdo a estos pronunciamientos, refiere que el Tribunal reconoce el deber del estado de proteger a la familia, en las diversas estructuras familiares como son las familias ensambladas y que se ha establecido la igualdad de hijos en el trato que debe existir entre hijos comunes e hijo afín en el caso de ingreso al club social y en el segundo las facultades del padre de afín de actuar como apoderado ante la institución educativa, más aun si cuida, educa y asume necesidades económicas de hijos afines.

Más aun debemos señalar que en el primero de los casos se trata de un matrimonio y la hija del anterior compromiso de la cónyuge como hija afín; mientras que en el segundo caso la protección se extiende inclusive a los hijos por afinidad en una unión concubinaria, en la que no hay matrimonio entre los padres y que de acuerdo al Código Civil, no regula relaciones personales, solo patrimoniales al cese de la convivencia.

### **Conflicto del deber de alimentos entre hijo biológico e hijos afines**

En la sentencia del Exp. N° 4493-2008-PA/TC el Tribunal conoce de un proceso seguido entre las partes, en la cual el conflicto surge entre pensiones de alimentos que tendría que otorgarse al hijo biológico y a los hijos afines de la unión concubinaria y señala que la Corte que conoció en apelación el proceso de alimentos que redujo el porcentaje de la hijo biológico, no sustentó el deber familiar, y señala “ y más aún cuando la legislación no establece regulación expresa sobre la materia, lo que obliga al juez a motivar de manera más prolija y cuidadosa su decisión”.

En este caso, el Tribunal señala que el Juzgado no ha calificado adecuadamente si los integrantes de la unión de hecho la harían acreditado, es decir si cumplían 2 años de vida continua y si los hijos de la conviviente constituyen un deber familiar para Jaime Alvarado Ramírez y si bien a la fecha de expedición de la sentencia ya se habrían casado, ello no impedía un pronunciamiento durante el tiempo en que se emitió el fallo.

Es importante señalar que el Tribunal señala en su parte considerativa que si bien no existe una obligación legal durante la vigencia de la unión de

hecho para los hijos afines,...”estas serían manifestación de solidaridad, valor constitucional en el Estado Social de Derecho...”

Es importante destacar que el Tribunal define que si bien no hay regulación jurídica de familia reconstituida, aún queda por determinar si los alimentos de los hijos afines pueden ser exigibles a los padres afines y si bien los jueces ordinarios sostuvieron una pensión de alimentos al hijo biológico ante Juzgado de Familia, en apelación y en reconocimiento a la presunta obligación de los hijos afines fue reducida la pensión de la hija biológica, el Juzgador debió pronunciarse sobre la obligación de carácter familiar.

En este caso de la sentencia 04493-2008-PA del 30 de junio de 2010, el Tribunal Constitución señala el “vacío legal que aún no ha sido llenado por la legislación, recayendo dicha responsabilidad sobre la jurisprudencia, no solo la constitucional sino también la ordinaria especializada en materia de familia. Y es que, tal como lo explicita el artículo 139, numeral 8, de la Constitución, el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tales casos, el juez debe recurrir a los principios constitucionales con el fin de elaborar una posición jurisprudencial que cumpla con resolver el conflicto intersubjetivo de manera justa y atendiendo a la realidad social. Así, queda por determinarse si es que los alimentos de los hijos afines pueden serle exigibles a los padres sociales. O, dicho de otra manera, ¿tienen los padres sociales obligaciones alimentarias para con los hijos afines?». Al respecto, señala que «puesto que en nuestro ordenamiento la legislación omite toda referencia a las familias reconstituidas, es factible recurrir a la doctrina o al derecho comparado con el fin de orientar la decisión de la entidad jurisdiccional.

#### **4.4.2. Principio a tener nivel de vida adecuado**

En el expediente N° 1821-2013, no sólo hay un pronunciamiento sobre el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, sino que en este caso el Tribunal precisa sobre las condiciones que tendría que tener una vivienda digna para el goce de los derechos de los integrantes de la familia.

En este hábeas corpus, se delimita que todo menor tiene derecho a la integridad personal y a gozar de condiciones adecuadas para su desarrollo; en caso de autos, en un proceso de violencia familiar se determina que los niños deben permanecer con la progenitora y que el padre debe abstenerse de actos de hostilización contra el cónyuge. No obstante el padre no sólo incumple el acuerdo y los mandatos del juzgado de las medidas de protección dispuestos, sino que ingresa al domicilio del ex cónyuge donde habitan los niños y cambia la cerradura y acceso a la vivienda, lo que impide el contacto de la madre con sus hijos.

El Fiscal integrando las medidas de protección dispone la salida del ex cónyuge y el reingreso de la madre para que retorne a la vivienda y retome la relación materna filial. No obstante el padre sustrae a los niños y se los lleva a su vivienda, que a criterio del Juzgado no reúne las condiciones adecuadas y así refiere” a ello se suma el hecho de haber sido sacados del lugar que constituyó su hogar , para trasladarlos a uno que no tendría las comodidades que tenían en el domicilio anterior, pues en la constatación policial se deja constancia que en la habitación que estarían ocupando encontró dos camas, prendas de vestir, zapatos, UN Televisor y utensilios de cocina, lo cual hace presumir que ese nuevo lugar estaría constituido por un solo ambiente que sirve de habitación y cocina. Todo ello analizado en forma conjunta, lleva al tribunal a considerar que el demandando también ha vulnerado el derecho de los menores a su integridad personal y a gozar de condiciones adecuadas para su desarrollo.

Como advertimos de este caso las condiciones de un nivel de vida adecuado es desarrollado en el concepto de derecho a una vivienda digna, siendo que los niños son retirados de un domicilio familiar que gozan de un espacio físico para el libre desarrollo de la personalidad a un ambiente reducido que trasgrede el contenido del concepto de familia.

#### **4.4.3. La Visita íntima como forma de protección a la familia**

El Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 01575-2007-PHC/TC se pronuncia sobre el caso de la reclusa Marisol Elizabeth, quien se encuentra privada de su libertad en cumplimiento de una condena por delito de terrorismo,

y que si bien durante los años 2002 al 2006 tuvo acceso al beneficio penitenciario de visita íntima, el Instituto Penitenciario le restringió este derecho por su condición de reclusa del delito de terrorismo.

El Tribunal efectúa un análisis sobre la reinserción social del penado como fin de régimen penitenciario y señala en su párrafo 8, que “el Estado no sólo asume el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sin que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun en condiciones de reclusión.

Siendo así que el Tribunal refiere como parte del proceso de resocialización que el Estado permita y garantice la visita íntima, la cual contribuye a la consolidación y dada las condiciones materiales de los centros penitenciarios, se produce un deterioro en la integridad física, psíquica y moral que según el Tribunal solo será compensado con el amor que brinda la familia.

En este caso la sentencia refiere que la visita constituiría un deber del estado de protección a la familia conforme lo señala el art. 4º de la constitución, constituyendo al vista el espacio para fortalecer la relación de pareja y la relación armónica de padres con hijos; además que estaría reconocido este derecho en el código de ejecución penal.

Es así que para el Tribunal las restricciones de las visitas íntimas vulneran el deber especial de la familia reconocido en el artículo 4º de la constitución y en su párrafo 24 señala que para aquellos internos que tengan conformada una familia, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por ello podemos advertir que como contenido de protección al derecho a la familia, el Tribunal se pronuncia que la visita íntima forma parte del deber de protección consagrado en el artículo 4º de la Constitución.

De acuerdo al análisis de la sentencia y en cumplimiento de convenios internacionales podemos afirmar que el contenido del concepto de familia está



sujetos a las variaciones y cambios sociales y jurídicos, por ello advertimos del contenido del artículo 4° de la Constitución que señala que la Comunidad y el Estado también protegen a la familia y promueven el matrimonio y reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, que en esta se incluye no sólo al matrimonio, sino a la unión de hecho, a la familia monoparental, reconstituida.

Asimismo que estas familias reconstituidas pueden estar conformadas por personas en matrimonio o sin estar casadas, denominadas unión de hecho; advertimos como características tales como habitar y compartir una vida familiar, que haya estabilidad, publicidad y reconocimiento.

Aunque esta característica de habitar y compartir la vida familiar no sea determinante, tratándose padres e hijos con una relación de padre separados, a quienes se brinda proteger un régimen de custodia, tenencia y visita.

De otro lado incluir como sujetos protegidos en la familia a padre, hijos, hijos afines en aplicación del principio de igualdad, haciéndolo extensivo a hermanos en atención al ejercicio de una curatela.

#### **4.5. Algunas Políticas Públicas adoptadas por el Estado Peruano, retos pendientes**

##### **4.5.1. Sobre la edad para contraer matrimonio**

Perú y el cumplimiento del Pacto de derechos Civiles y Políticos, de acuerdo a los Informe del Comité de las naciones Unidas en el año 2013<sup>75</sup>, señalando que el próximo será presentado en Marzo del 2018, siendo materia de recomendación al Estado que "... aumente sus esfuerzos para reducir los embarazos de adolescentes y la mortalidad materna, en particular en las zonas rurales, y garantice la prestación, en todas las regiones del país, de servicios

---

75

NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, Observatorio de Derechos Humanos,

Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107º período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013) [http://observatoriode derechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/cat\\_view/13-peru-ante-organismos-internacionales/179-naciones-unidas/46-comite-de-derechos-humanos?limit=10&limitstart=0&order=name&dir=DESC](http://observatoriode derechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/cat_view/13-peru-ante-organismos-internacionales/179-naciones-unidas/46-comite-de-derechos-humanos?limit=10&limitstart=0&order=name&dir=DESC), consultada el día 21 Junio 2017.

adecuados de salud sexual y reproductiva que incluyan los anticonceptivos orales de emergencia; y Refuerce y garantice la ejecución efectiva de los programas de educación y sensibilización en los niveles oficiales, sean escuelas y universidades y medios de comunicación sobre la importancia del uso de anticonceptivos y sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva y que la edad del matrimonio sea elevada a 18 años.

Para ello el Informe de la Sociedad Civil <sup>76</sup>había manifestado entre otras preocupaciones al Comité de Derechos Humanos que según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2010 (ENDES), el 13.5% de las mujeres de 15 a 19 años de edad estuvo alguna vez embarazada y si bien el Ministerio de Salud cuenta con normas sectoriales que regulan atención diferenciada para adolescentes, sea en materia de planificación familiar como de VIH/SIDA; la Ley General de Salud, establece que para cualquier tratamiento médico o quirúrgico y para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere el consentimiento previo del paciente; y atendiendo al Código Civil peruano (artículo 44º) son relativamente incapaces “los mayores de 16 y menores de 18 años de edad”; en consecuencia en una interpretación restrictiva de la norma significa que se requiera la autorización de los padres para brindar atención en salud sexual y reproductiva a los adolescentes y por ello se exige al Estado se adopte entre otras políticas “Fomentar las políticas destinadas a reducir el número de adolescentes con embarazos indeseados a través de la educación sexual y la planificación familiar.”

Perú y el cumplimiento del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 48º período de sesiones, 2012, realizó el Examen del Cuarto Informe, correspondiendo presentar el siguiente informe en Mayo del 2017.<sup>77</sup> En este Cuarto Informe, el Comité de acuerdo a la supervisión de

---

<sup>76</sup> **CENTER FOR CIVIL AND POLITICAL RIGHTS.** Informe alternativo de la sociedad civil peruana sobre la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Respuestas a la Lista de Cuestiones -CCPR/C/PER/Q/5), Ginebra 2013, Numeral 85, disponible en página web [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/PER/INT\\_CCPR\\_NGO\\_PER\\_14420\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/PER/INT_CCPR_NGO_PER_14420_E.pdf), consultada el día29/06/2017.

<sup>77</sup>La supervisión en la aplicación interna del Pacto se basa en un sistema de informes establecido en sus artículos 16 y 17, por medio del que los Estados se comprometen a presentar al Secretario General de la ONU informes sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados en el cumplimiento de los DESC, así como respecto de las circunstancias y obstáculos que les dificultaron cumplirlos.

los informes, señala que le preocupa la alta tasa de embarazos de adolescentes y la falta de servicios de salud sexual y reproductiva adecuados. Al año 2012 -fecha de presentación de este informe- le preocupaba que conforme al Código Penal del Perú, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes estuvieran tipificadas como delito contra la libertad sexual, por lo que el Comité recomienda la modificación del Código Penal, a efectos de reducir la alta tasa de embarazos de adolescentes y asegurar la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva, con inclusión de la atención del parto, los servicios institucionales de natalidad y los anticonceptivos de emergencia, especialmente en las zonas rurales.

En este caso debemos señalar que mediante Ley N° 28704 (2006), se modificaba el artículo 173 del Código Penal, referido a la violación sexual contra menores de edad. Ello significó un impacto negativo en el acceso de adolescentes a los servicios de salud sexual y reproductiva, y por ello la sentencia del tribunal constitucional la declaró inconstitucional, exhortando al Congreso que legisle de “forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda todos los casos que comprometan derechos fundamentales de los menores de edad”, dada la obligación del Estado de proteger la integridad del niño y del adolescente.

En este caso el Tribunal Constitucional reconoce como titulares del derecho a la libertad sexual a menores entre 14 y 18 años, en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC, dictado el 12 de Diciembre del 2012, definiendo en su dimensión positiva en los numerales 41 y 42 del referido fallo a que “...los adolescentes tienen la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, con quien, como y en qué momento se puede realizar el acto sexual...”; sosteniendo en su parte considerativa que las adolescentes de acuerdo a la normativa están facultadas para reconocer a sus hijos, demandar alimentos y tenencia pueden acceder al matrimonio a partir de los 16 años, “...en consecuencia, tiene la capacidad para auto determinarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual” .

En el **Plan de prevención y embarazo adolescente del Perú 2012-2021**, respecto a la Disponibilidad de políticas públicas a favor de la salud

sexual y reproductiva de los adolescentes, que sustentan que cuando los gobiernos demuestran resistencia a las iniciativas de política de anticoncepción en general, estas afectan las intervenciones que se desarrollan con adolescentes y se rechazan especialmente los intentos de asegurar la autonomía de adolescentes y su derecho a tomar decisiones independientes, sin el permiso de sus padres<sup>78</sup>, ello es corroborado con la Ley General de Salud (año 1997), artículo 4. Se interpreta a los adolescentes menores de 18 años como sujetos dependientes del consentimiento y acompañamiento de sus padres para recibir atención en salud, incluyendo los servicios de salud sexual y reproductiva.

El Instituto Nacional de estadísticas <sup>79</sup>en este sentido elabora un informe de la maternidad adolescente, la incidencia de casos se desarrolla en un contexto donde las uniones legales son infrecuentes, mientras 7% son casadas, el 67% lo hace en unión consensual, 18% son madres solteras, y el 7.9% están separadas, siendo el embarazo con frecuencia, un obstáculo definitivo para las adolescentes solteras sin pareja. Asimismo, varios estudios señalan que las uniones que resultan de un embarazo en la adolescencia son inestables.

Es así que Mendoza<sup>80</sup>, afirma que la deserción escolar por causa del embarazo, varía según los departamentos del 10% al 20% entre mujeres de 15 a 24 años que dejaron la escuela, agrega que la pobre calidad educativa no hace sino reforzar este circuito de exclusiones; además del embarazo, la deserción escolar también puede resultar de uniones formales tempranas, de la baja calidad de la educación que se ofrece y de expectativas igualmente bajas que tienen las adolescentes para sus propias vidas. Por lo tanto, las políticas que buscan reducir el embarazo adolescente tendrían que considerar mucho más que solo brindar información sobre los anticonceptivos y facilitar su

---

<sup>78</sup> **MINISTERIO DE SALUD**. Plan de prevención y embarazo adolescente 2012-2021.p. 20 , disponible en página web. <http://www.unfpa.org.pe/Legislacion/PDF/20131106-MINSA-Plan-Prevencion-Embarazo-Adolescente.pdf>, revisada 28/06/17

<sup>79</sup> **INSTITUTO NACIONAL DE INFORMÁTICA Y ESTADÍSTICA Perú**, Situación Social de las Madres Adolescentes, 2007, p. 21, disponible en la página web. [www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib0871/libro.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0871/libro.pdf) , consultada el día 28/06/2017.

<sup>80</sup> **MENDOZA**, Walter y **SUBIRIA**, Gracia, "El embarazo adolescente en el Perú: situación actual e implicancias para las políticas públicas", *Revista Perú Medica Salud Publica*, 2013, p. 475.

acceso. Es decir que, sin educación sexual de calidad o el fortalecimiento de las capacidades de asertividad adolescente, es realmente poco lo que se pueda lograr.

Esta situación de vulnerabilidad de adolescentes, fue materia de discriminación, en el caso de estudiantes expulsadas ante su notorio embarazo, sosteniendo profesores y madres de centros educativos, que podrían ser un mal ejemplo para sus compañeras de clase, pese a que podían ser víctimas de abuso sexual y que el centro educativo había omitido con sus deberes de protección al menor. Por ello se dictó la Ley N° 29600, Ley que fomenta la Reinserción Escolar por embarazo, que establece en su artículo 2° la prohibición a las Instituciones Educativas de expulsar o limitar de algún modo el acceso al régimen escolar de las alumnas embarazadas o madres, estableciendo además la obligación de generar indicadores sobre su avance en la aplicación de métodos para prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación por razones de embarazo o maternidad; de lo cual el Ministerio de educación, reportó que en el año 2007 el número de adolescentes que abandonaron los estudios por motivos de gestación fue de 17.1%;<sup>81</sup>sosteniendo la Defensoría del Pueblo, que no hubo estrategias respecto a esta población vulnerable.<sup>82</sup>

- **Caso Británico: Gillick**

Esta controversia respecto a las adolescentes y el acceso a la información sobre la salud reproductiva, en la que nuestro sistema exige que para acudir a un centro de asistencia médica deben acudir con sus padres por ser consideradas menores de edad, fue sometido a los tribunales en el Gillick case(británico): tratamiento o asesoramiento médico<sup>83</sup>, en el cual una madre con hijos menores de 16 años, ante una comunicación del servicio social, de acceso a métodos de planificación familiar a cualquier médico para adolescentes menores de 16 años, consideraba que afectaba el bienestar de

<sup>81</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, Perú, Cuarto y Quinto Informe del Estado Peruano relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño periodo 2006-2012. p 62. Disponible en la página web: [http://observatorioderedoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/cat\\_view/13-Peru-ante-Organismos-Internacionales/179-Naciones-Unidas/181-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o](http://observatorioderedoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/cat_view/13-Peru-ante-Organismos-Internacionales/179-Naciones-Unidas/181-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o), visitado el 25 de mayo de 2017.

<sup>82</sup> DEL PUEBLO, Defensoría, *Las recomendaciones del comité de los derechos del niño al estado peruano: un balance de su cumplimiento*, Lima, 2011, p. 142.

<sup>83</sup> RIVERO Francisco. *El interés del menor*. Editorial Dykinson, Madrid, 2000. Págs. 175-178

sus hijas y su autoridad materna. La autoridad local rechazó su petición respecto a negarles atención a sus hijas y el caso fue sometido a los Tribunales.

En esta sentencia, el Juez Fraser señaló que: “el poder de los padres sobre sus hijos deriva de sus deberes y que los derechos de los padres existen en beneficio del hijo y sólo se justifican en tanto permiten al padre cumplir sus deberes hacia el hijo; añadiendo el Juez Scarman que aquellos derechos existen para la protección del hijo y consecuentemente son compatibles con el derecho del hijo para tomar sus propias decisiones cuando alcanza suficiente madurez e inteligencia para poder orientar su mente y decidir sobre el asunto en cuestión...”

En este caso el Juez Fraser, definía la importancia que justificaría el consejo de tratamiento contraceptivo del médico sin consentimiento paterno: “... 1) que la joven (aunque menor de 16 años) entienda el consejo; 2) que el médico no pueda persuadirle de que informe a sus padres o permitirle a él informar a éstos de que ella busca un consejo contraceptivo; 3) que es probable que ella ha iniciado o continúa manteniendo relaciones sexuales sin adoptar medidas contraceptivas; 4) que a menos que reciba consejo o tratamiento contraceptivo, su salud física o mental o ambas es probable que sufran; 5) que en el mejor interés de la menor conviene que se le dé asesoramiento contraceptivo, tratamiento o ambos sin el consentimiento paterno..”. Esta sentencia, concedió participación al menor, incluso menor de 16 años, con suficiente madurez para tomar decisiones en su interés, incluso opuesto al de sus padres; y ha sido invocada, como *leading case*, bajo la denominación de *Gillick principle*.

Compartimos la preocupación en atención a que la dificultades de acceso a la información sobre salud reproductiva, permite embarazos de adolescentes, quienes adoptan decisiones como las de aborto sancionado por la legislación penal, maternidad a una edad temprana trasgrediendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad o matrimonios a una edad temprana, constituyendo compromiso de convenios internacionales y políticas públicas peruanas de Plan de Infancia y Adolescencia, Plan de prevención y embarazo

adolescente en los próximos años al 2021, año del bicentenario, las cifras de madres adolescentes hayan revertido y que pueda garantizarse el derecho a la educación como derecho fundamental y el principio derecho a una vida digna.

#### **4.5.2. De las formas del matrimonio y el comunitario realizado en los centros penitenciarios, por personas privadas de su libertad.**

Nuestro sistema ha incluido como formas de matrimonio: el civil, en realizado en peligro de muerte, los comunitarios como una forma de promoción del matrimonio, los que son organizados por gobiernos locales, y asumen rubros como publicaciones o edictos oficiales<sup>84</sup> ; tales como el matrimonio propiciado por el alcalde de Santiago de Surco, quien dispuso a través de la Ordenanza 550-MSS-2016, la realización de Boda Civil, que tendrá el costo módico por pareja. "Hemos decido realizar este matrimonio comunitario tras escuchar el pedido de los vecinos, quienes desean formalizar su estado civil y que por factores económicos no han podido hacerlo, fomentando la unidad familiar..."

Del matrimonio civil comunitario realizado en los centros penitenciarios, una muestra de ellos es el autorizado por DECRETO DE ALCALDÍA N° 007 San Juan de Lurigancho, de fecha 21 de marzo de 2014,<sup>85</sup> a realizarse en el Establecimiento Penal Miguel Castro Castro. Señalando en su parte considerativa, que en armonía del Artículo 4° de nuestra Constitución Política, es obligación del Estado promover y proteger a la familia por ser instituciones naturales y fundamentales de la sociedad y siendo objetivo primordial de la gestión municipal propiciar las bases sólidas de formación de la familia, contribuir a la consolidación, fortalecimiento, protección y formalización como célula básica de la sociedad en armonía con el ordenamiento jurídico, e igualmente es labor funcional administrativa, crear medios para consolidar legalmente los vínculos de paternidad y protección a la familia que el marco jurídico exige.

---

<sup>84</sup> Véase: [http://www.munisurco.gob.pe/surco\\_portal/municipio/app/2016/11-noviembre/33\\_\(11-nov\)\\_surco\\_organiza\\_primera\\_ecoboda.html](http://www.munisurco.gob.pe/surco_portal/municipio/app/2016/11-noviembre/33_(11-nov)_surco_organiza_primera_ecoboda.html). revisada el día 25 de mayo del 2017.

<sup>85</sup> SAN JUAN DE LURIGANCHO, Municipalidad, Perú, *Decreto de Alcaldía N° 007-2014*, disponible en la página web: <http://www.munizlaw.com/Normas/2014/marzo/30-03-14/ORDENANZA%20N%C2%BA%20269.pdf> , consultada el día 25 de mayo del 2017.

Si bien estos matrimonios han sido autorizados cumpliendo requisitos del pago de una tarifa económica y sometiendo a los exámenes médicos respectivos, debiendo adjuntar certificado de reclusión en el centro penitenciario y su documento de identidad; nos preguntamos si conforme se sostuvo por el Tribunal Europeo de derechos Humanos, si la reclusión por la comisión de un delito grave tendría que restringir algunos derechos o como otros posteriores que privilegian el derecho a la vida familiar.

Para ello el investigador Solís<sup>86</sup>, refiere que nuestro Código Penal contempla diversas modalidades de ejecución penal, en función a las particularidades de tales sanciones, como son: - Ejecución de las penas Privativas de la libertad, - Ejecución de las penas Restrictiva de libertad, - Ejecución de las penas Limitativas de derechos, y - Ejecución de la pena de Multa.

El autor señala que hay ejecución de las penas privativas de libertad, cuyo máximo actual de privación de la libertad es de 35 años, y respecto a los fines se clasifican en retributivo, preventivo general y resocializador, siendo esta última con objetivos de readaptación y no meramente retributivos o de prevención general.

En nuestra legislación está prevista en el Artículo 58 del Código de Ejecución Penal, la visita íntima tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino acreditado, con recomendaciones de higiene y planificación familiar y profilaxia médica; beneficio, que se extiende al interno no casado ni conviviente respecto de la pareja que designe,

Al respecto el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia 3975-2012-HC, señala en su fundamento 7 que la Constitución expresa en el artículo 139° inciso 22, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y

---

<sup>86</sup> SOLÍS, Alejandro. "Política penal y política penitenciaria", *Cuaderno No 8*, Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, Setiembre, 2008, disponible en la página web: [http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/Politica\\_penal.pdf](http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/Politica_penal.pdf), consultada el día 25 de mayo de 2017.



políticos, que establece que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 01575-2017-PHC/TC señala en su fundamento N° 19 "El estado al permitir la visita íntima está cumpliendo con su deber especial de protección a la familia como institución fundamental de la sociedad reconocido en el art. 41 de la constitución y agrega en el fundamento 24 que el derecho a la vista íntima constituye un desarrollo al derecho al libre desarrollo de la personalidad."

### **Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Mercè refiere<sup>87</sup>pronunciamientos del TEDH en los que se comparte la preocupación sobre la vida familiar, que pueda surgir de personas privadas de libertad, respecto al matrimonio y a tener descendencia.

La autora detalla entre otros el fallo de Frasik, habría la negativa de autorizar el matrimonio de un recluso en prisión, por mediar proceso entre las partes a contraer matrimonio y podría impedir testimonio de la víctima, en este caso el TEDH señaló que la decisión de casarse sea en libertad o en prisión, corresponde a la vida privada o familiar, señalando violación artículo 12° del convenio.

En el caso Jaremowicz, hubo petición para el matrimonio denegada por Tribunal regional y autorizada posteriormente por director de la prisión. Agrega que las restricciones a la vida conyugal privada y familiar, son inherentes a la privación de libertad. No obstante en este caso las restricciones no obedecían al riesgo y al mantenimiento del orden público, sino por la cualidad de las relaciones entre el demandante y su novia, por lo cual el TEDH sostuvo que se trasgredió el artículo 12 del Convenio.

---

<sup>87</sup> **MERCÉ, Jardí.** *La vida familiar de los detenidos y los reclusos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos.* Barcelona, disponible en la página web: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/07\\_SALES.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/07_SALES.htm) , consultada el día 21 de mayo 2017.

Sin embargo Almeida<sup>88</sup>, refiere que “el derecho a fundar una familia no abarca el derecho de un recluso casado a mantener relaciones conyugales en la prisión, por lo que el rechazo de visitas a un recluso casado con fines procreación no constituye una violación del artículo 12 y así en la demanda Aliev c. Reino Unido la denegación de visitas conyugales por el momento, aunque sea interferencia a la vida familiar, es justificada al amparo del apartado 2 del artículo 8 por razones de defensa de la orden y prevención del crimen y en consecuencia no podrá ser vulneradora del artículo 12”.

Otro de los casos emblemáticos resuelto por el TEDH mediante sentencia de 4 de diciembre de 2007 es el caso Dickson contra Reino Unido, proceso en el cual los demandantes se quejaron al denegarles la posibilidad de someterse a la inseminación artificial, pues consideraron que dicha restricción vulneraba sus derechos en virtud del artículo 8<sup>89</sup> y/o del artículo 12<sup>90</sup> del Convenio, según se observa del punto 3<sup>91</sup> de dicha jurisprudencia.

Es importante considerar que los demandantes se conocieron cuando ambos cumplían condena; en el caso de Kira Dickson, nacido en 1972, cumple una condena a cadena perpetua por asesinato (sería puesto en libertad el año 2009); el año 2001 contrajo matrimonio con la segunda demandante, Lorraine Dickson, nacida en 1958 y madre de tres hijos fruto de distintas relaciones. En 2004 se denegó definitivamente su solicitud de acceder a la inseminación artificial.

Así, mediante la sentencia se analizó tres justificaciones del caso. En primer lugar, en la idea de que la pérdida de la posibilidad de concebir hijos deriva inevitable y necesariamente de la privación de libertad. En segundo

---

<sup>88</sup> ALMEIDA, Susana. op. Cit., p. 12.

<sup>89</sup> ARTÍCULO 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>90</sup> ARTÍCULO 12 Derecho a contraer matrimonio A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

<sup>91</sup> 3. Los demandantes se quejan de que se les denegó la posibilidad de someterse a la inseminación artificial, lo que, en su opinión, vulneró sus derechos en virtud del artículo 8 y/o del artículo 12 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572).

lugar, se analizó el hecho de que se comprometería la confianza de la opinión pública en el sistema penitenciario si se burlaran los elementos punitivos y disuasorios de una pena por el hecho de autorizar a los presos culpables de graves delitos a concebir hijos.

El Tribunal precisa que la tolerancia y la amplitud de miras son las características de una sociedad democrática, no cabe la privación automática de los derechos de los presos basada puramente en lo que pudiera ofender a la opinión pública. Sin embargo, la Gran Sala, al igual que la Sala, acepta que el mantenimiento de la confianza de la opinión pública en el sistema penitenciario juega un papel en la elaboración de la política penitenciaria. El Gobierno parece también sostener que la restricción, en sí misma, contribuye al objetivo global de justo castigo de la privación de libertad.

No obstante, reconociendo que el castigo sigue siendo uno de los objetivos de la prisión, el Tribunal subraya también que las políticas penales en Europa evolucionan y conceden una creciente importancia al objetivo de la reinserción, concretamente cuando finaliza una larga condena a prisión. En tercer lugar, el Gobierno señala que la falta de uno de los padres durante un largo período de tiempo tendría un impacto negativo en el hijo susceptible de ser concebido y, en consecuencia, en la sociedad en su conjunto.

El Tribunal está dispuesto a considerar legítimo, en el sentido del artículo 2 del artículo 8, que las autoridades se preocupen, en el plano de los principios, del bienestar de todo eventual hijo cuando elaboran y aplican la política: la concepción de un hijo constituye el objeto mismo de este ejercicio. Sin embargo, ello no puede llegar a impedir a los padres que lo deseen concebir un hijo en circunstancias tales como las del presente caso, más aún cuando la segunda demandante estaba en libertad y podía, hasta la liberación de su marido, cuidar de su hijo eventualmente engendrado. Así, sobre la base de dicho análisis el Tribunal consideró que hubo violación del artículo 8° del Convenio.

En consecuencia, podemos advertir con los fallos del TEDH que si bien se permitiría el derecho a fundar una familia, en algunos estados se permitiría mantener visitas íntimas ; mientras que en nuestra legislación no hay

restricciones en el matrimonio civil sea a título individual o los promovidos por el Gobierno local como matrimonios civiles comunitarios, asimismo que las visitas íntimas está prevista en la normativa y se regula en ejercicio de protección a la familiar y solo podría ser restringida si se comprueba que un interno estaría haciendo uso de la visita para la comisión de actos ilícitos, conforme lo sostiene el Tribunal Constitucional.

## **CONCLUSIONES**

- Los convenios internacionales reconocen a la familia como institución que debe ser protegida por cada Estado Parte, el cual tiene el deber de definir el concepto de familia y su protección.
- Los cambios sociales han propiciado un cambio en la definición tradicional de familia basada en el matrimonio, respecto la cual el derecho debe adaptarse a fin de que este instituto familia trascienda al matrimonio y pueda ser coberturar otras estructuras familiares como las uniones de hecho, monoparentales o reconstituidas, entre otras.
- El contenido constitucional del concepto de familia abarca una protección integral a la misma, concepto que incluye al matrimonio, parejas no casadas, denominada unión de hecho o concubinato e hijos en la legislación peruana (matrimoniales y extra-matrimoniales).
- Siendo deber del Estado brindar de una protección integral y adecuada a la familia, consideramos fundamental partir del derecho constitucional para darle contenido al concepto de familia de tal manera que se pueda garantizar y efectivizar la protección de los derechos fundamentales a los miembros de la misma.
- La definición de protección a la familia en Perú por el Tribunal Constitucional ha incluido a la familia ensamblada o reconstituida, la que protege a los cónyuges o convivientes en una nueva relación con hijos afines, habidos de una relación anterior, en aplicación del principio de igualdad.
- En virtud de pronunciamientos constitucionales se debe incluir en la normativa el contenido del concepto de familia incluyendo principio de hijos afines, de vivir ambiente sano, familia integrada o reagrupación familiar, la unidad en familia.
- Respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, nuestro país aún no reconoce este derecho. Sin embargo, hay propuestas legislativas que proponen la incorporación de la unión civil , sosteniendo que no habría trasgresión a la garantía constitucional del matrimonio .

- Las personas privadas de libertad, pueden contraer matrimonio al interior del centro penitenciario y se garantiza el derecho a las visitas íntimas.
- Para los integrantes de la unión de hecho, ha habido restricciones al derecho de la pensión de viudez, que solo ha sido superado a nivel jurisprudencial. Asimismo se ha extendido otros derecho como el de seguridad social, pensión de sobrevivencia en el sector privado, el derecho de adopción.
- Como parte de los retos a enfrentar por parte del Estado peruano, en el ámbito de políticas públicas, las adolescentes en el Perú aún tienen restricciones en acceso a la educación, salud reproductiva, por patrones de estereotipo de género entre otros factores y por ello el alto índice de embarazos, la deserción escolar y familias monoparentales y restricción al desarrollo de la libre personalidad.

## **RECOMENDACIONES**

- Se incluya en la normativa nacional el término de familia ensamblada, conforme lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional Peruano.
- Se cumplan políticas públicas de garantizar derechos de los adolescentes a los programas de salud reproductiva y que puedan asistir a centros de salud a partir de 16 años sin ser asistidos.
- Se efectúe una propuesta normativa sobre los matrimonios masivos comunitarios.
- Se regule y se cumpla con la normativa de salud pública para matrimonios permitidos en los centros penitenciarios y se capacite sobre la protección constitucional a la familia.
- Se establezca en la uniones de hecho la regulación relativa a las relaciones personales y patrimoniales durante su vigencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILAR**, Benjamín, "Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del tribunal constitucional", *Revista Persona y familia*. N° 04, 2015, pp. 11-25.
- **ALBALADEJO**, Manuel, *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, editorial Edisofer, Madrid, Undécima edición, 2008.
- **ALMEIDA**, Susana, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relaciones de familia, en: Red Europea de Formación Judicial, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado de Familia (REFJ1001)*, ponencia llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, el día 14 de mayo de 2010, disponible en: [https://www.academia.edu/2269451/Jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_Europeo\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_en\\_relaciones\\_de\\_familia](https://www.academia.edu/2269451/Jurisprudencia_del_Tribunal_Europeo_de_Derechos_Humanos_en_relaciones_de_familia), consultada el día 21 de Mayo del 2017.
- **ÁLVAREZ**, Enrique, *Curso de derecho Constitucional*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 4º Edición, 2003.
- **BARRERO**, Abraham, " El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿derecho fundamental u opción legislativa?", *Revista de estudios políticos*, Madrid, Número 163, 2014.
- **BELDA**, Enrique, *Los derechos de las personas y las funciones del estado como límite a la supresión de instituciones*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1era. Edición, 2014.
- **BELOFF**, Mary, *Convención Americana sobre Derechos Humanos-Comentario*, ESTEINER, Christian y URIBE, Patricia (ed.), Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2014.



- **BERTIE**, Milagros y **NASAZZI**, Fernando, “Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. Argentina a la luz del derecho a la identidad biológica y el vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno”, *Revista internacional de derechos humanos*, N° 4, 2014, pp.221-238.
- **CARRASCO**, Ángel y **UREÑA**, Magdalena. *Derecho de familia: Lecciones de derecho civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1era Edición, 2013.
- **CASTRO**, Fátima, *Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho*, Fondo editorial Academia de la Magistratura, 1 edición, Lima, 2014.
- **CLÉRICO**, Laura, “Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH”, *Discusiones XIV*, N° 14, 2014, pp.175-218, disponible en la página web: <http://www.cervantesvirtual.com/buscar/?q=laura+clerico>, consultada el día 29/06/2017.
- **CONSEJO DE EUROPA**, Estados miembros del, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Lituania, 2002, disponible en la página web: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf), consultada el día 29/06/2017.
- **CORNEJO**, Héctor, *Derecho familiar Peruano*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, Décima Edición. 1999.
- **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**. En Boletín Oficial del Estado – Agencia estatal, disponible en la página web: <https://www.boe.es/legislación/docuemntos/ConstituciónCastellano.pdf>, revisada el día 29 de Junio del 2017.
- **CUZMA**, Giselle, *Familias ensambladas*, Guy editores S.R.L., Lima 2013.
- **DEL PUEBLO**, Defensoría, *Las recomendaciones del comité de los derechos del niño al estado peruano: un balance de su cumplimiento*, Lima, 2011.

- **DÍAZ**, Francisco, *Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa*, Editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1era Edición, 2015.
- **DÍEZ-PICAZO**, Luis y **GULLÓN**, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, Madrid, Décima edición, 2008.
- **ESPÍN**, Eduardo, “Lección 10: Los Derechos de la esfera personal”, en Luis López Guerra y otros (co-autor y co-coordinador), *Manuales de Derecho Constitucional (Volumen I): El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 9na Edición, 2013.
- **ESTADOS AMERICANOS**, Organización, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, San José - Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en la página web: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm), consultada el día 29/06/2017.
- **ESTADOS AMERICANOS**, Organización, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”*, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, disponible en la página web: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>, consultada el día 29/06/2017.
- **FERRAJOLI**, LUIGI, *Derechos y Garantías: La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1era edición, 1999.
- **GARCÍA**, Joaquín. “Lección Nº 8: La cláusula general de igualdad”, en Luis López Guerra y otros (co-coord.), *Manuales de Derecho Constitucional (Volumen I): El ordenamiento constitucional, derechos y*

*deberes de los ciudadanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 9na Edición, 2013, p. 159-178.

- **INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Corte, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, versión en español, Costa Rica, 2012, disponible en la página web: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf), consultada el día 29/06/2017.
- **INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Corte, Opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, condición jurídica y derechos humanos del niño (numeral 41), versión en español, disponible en pagina web [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consultada el día 25/06/2017.
- **INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, Corte, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños y Niñas* (versión en español), Claudio Nash (Ed.), 2015, pp. 46-47, Disponible em la página web: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/todos-los-libros>, consultada el día 29/06/2017.
- **LAFFERRIERE**, Jorge y **BASSET**, Úrsula, “Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea”, *Persona y Derecho*, N° 63, 2010. pp. 9- 44.
- **MACHADO**, José, "La transformación del concepto constitucional de familia. Alcances de una problemática teórica", *Revista Dikaion*, Volumen 23, Numero 1. 2014, pp. 93-133.
- **MARCO**, Flavia. “Legislación comparada en materia de familias. Los casos de cinco países de América Latina”, *Publicación de las Naciones Unidas. División de desarrollo social*, Santiago de Chile, 2009.

- **MARTIN**, María, "La Prohibición de discriminación por orientación sexual", *Revista Estudios de Deusto*, N° 1, 2010, pp. 115-134.
- **MARTIN**, Aracelli, " La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar", *Revista AequAlitas* N° 38, 2015, pp. 20-28.
- **MENDOZA**, Walter y **SUBIRÍA**, Gracia, "El embarazo adolescente en el Perú: situación actual e implicancias para las políticas públicas", en *Revista Perú Medica Salud Publica*, 2013, pp. 471-479.
- **MERCE**, Jardí, *La vida familiar de los detenidos y los reclusos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*, Barcelona, disponible en la página web: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/07\\_SALES.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/07_SALES.htm). consultada el 21 de mayo 2017.
- **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**, Perú, *Cuarto y Quinto Informe del Estado Peruano relativo a la Convención sobre los Derechos del Niño periodo 2006-2012*, disponible en la página web: [http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/cat\\_view/13-Peru-ante-Organismos-Internacionales/179-Naciones-Unidas/181-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o](http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/cat_view/13-Peru-ante-Organismos-Internacionales/179-Naciones-Unidas/181-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o), visitada el 25 de mayo de 2017.
- **MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES**, Perú, Plan de Fortalecimiento a la familia, disponible en la página web: <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf>. consultada el día 25 de mayo del 2017.
- **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución N° 217 A (III), 10 de diciembre de 1948, disponible en la página web: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>, consultada el día 29/06/2017.

- **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, consultada el día 29/06/2017.
- **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultada el día 29/06/2017.
- **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Resolución N° 34/180, 18 de diciembre de 1979, disponible en la página web: <https://www.minjus.gob.pe/sistema-de-proteccion-de-dd-hh/>, consultada el día 29/06/2017.
- **NACIONES UNIDAS**, Asamblea General, *Convención sobre Derechos del Niño*, Resolución N° 44/25, 20 de noviembre de 1989, disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultada el día: 29/06/2017.
- **NANCLARES**, Javier. "La posición del Tribunal Europeo de derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo, *"Revista Crítica de Derecho Inmobiliario"*. N° 741, 2014, pp 195-249.
- **PÉREZ**, Pablo. "Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales", en Luis López Guerra y otros (co-coord.), *Manuales de Derecho Constitucional (Volumen I): El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 9na Edición, 2013, pp. 141-157.

- **PLÁCIDO**, Alex, “El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993”, *Derecho PUCP-Revista de la Facultad de Derecho*, N°01, 2013, disponible en la página web: [http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/El\\_modelo\\_de\\_familia\\_garantizado\\_en\\_la\\_Constitucion\\_de\\_1993.pdf](http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/06/El_modelo_de_familia_garantizado_en_la_Constitucion_de_1993.pdf) , consultada el 08 de julio de 2017.
- **RAMS**, Joaquin, *Elementos de derecho civil, IV Familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 3º edición, 2008.
- **RIVERO**, Francisco, *El interés del menor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- **ROBLEDO**, Paula y **ROA**, Jorge, " La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2011: hacia un concepto de familia incluyente. La vis expansiva del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y la acción pública de constitucionalidad," *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Número 16. Madrid. 2012.
- **SAN JUAN DE LURIGANCHO**, Municipalidad, Perú, *Decreto de Alcaldía N° 007-2014*, disponible en la página web: <http://www.munizlaw.com/Normas/2014/marzo/30-03-14/ORDENANZA%20N%C2%BA%20269.pdf> , consultada el día 25 de mayo del 2017.
- **SERNA**, Encarnas, *El principio de igualdad en la familia*, disponible en la Página Web : [http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver\\_articulo.php?articulo=154](http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=154), consultada el día 29/06/2017.
- **SOLÍS**, Alejandro, “Política penal y política penitenciaria” *Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, Cuaderno No 8, 2008, disponible en la página web: <http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp->

[content/uploads/2014/05/Politica\\_penal.pdf](content/uploads/2014/05/Politica_penal.pdf), consultada el día 29/06/2017.

- **VARSI**, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia (Tomo II)*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, Primera Edición, 2011.
- **VEGA** , Yuri, Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Gaceta Jurídica, Lima, Primera Edición, 2011.
- **VILLANUEVA**, Alejandro. “Análisis jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Nº 14, 2014, pp. 1-7.
- **VILLAVELA-ARMENGOL**, Carlos, " Constitución y familia: Un estudios comparado", en *Dikaion* , Volumen 25 Numero 1, 2016.
- **IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA**, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Colombia, 1948, disponible en la página web: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, consultada el día 29/06/2017.